



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

WENDEL DA COSTA FERNANDES LOPES

O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Brasília  
2015

WENDEL DA COSTA FERNANDES LOPES

O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
no Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília  
2015

WENDEL DA COSTA FERNANDES LOPES

O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB  
Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília, 25 de maio de 2015.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. André Pires Gontijo

---

Prof. Paulo Rená da Silva Santarém

---

Prof. Sergio Antonio Ferreira Victor

## **DEDICATÓRIA**

A todos que acreditam e lutam para que o  
Direito seja um instrumento de realização da  
Justiça.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado força, coragem, sabedoria e os meios necessários para obter a tão sonhada formação superior.

Aos meus familiares, por toda devoção, amor, paciência e incentivo nessa longa jornada dedicada aos estudos. Em especial, agradeço a minha amada mãe, Regina, e minha adorada avó e madrinha, Obidulia, por todos os ensinamentos e amor dedicados. Aos meus irmãos, Adriana, Humberto e William, por todo o companheirismo e incentivo.

À amada Rita, amiga e companheira, por todo amor, carinho, dedicação e por dizer tudo aquilo que preciso ouvir na hora certa.

Aos companheiros de grupo de estudos, em especial aos integrantes do GECON e da “Casa da Árvore”, por tornarem as numerosas horas de estudos mais fáceis e agradáveis.

Ao meu orientador, André Pires Gontijo, por toda a paciência e apoio dedicado ao longo do curso.

## RESUMO

O presente estudo busca analisar o modelo de agência reguladora implantado no Brasil, com especial atenção para a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a regulação do setor de energia elétrica. As agências reguladoras foram pensadas dentro do contexto de reestruturação e de redefinição do papel do Estado, que passou a exercer funções de regulação e fiscalização em áreas estratégicas para o funcionamento da economia nacional. As agências reguladoras possuem competência para editar normas, reprimir, punir e resolver conflitos do setor regulado. Se por um lado não há controvérsias quanto ao poder de fiscalização das agências reguladoras, há várias questões a respeito da competência das agências reguladoras para edição de atos normativos e os mecanismos de controle desse poder. O problema do modelo brasileiro é que a mesma entidade, no caso do setor elétrico a ANEEL, é competente para editar os atos normativos, fiscalizar o cumprimento da norma, aplicar penalidade pelo eventual descumprimento e ainda julgar o possível recurso administrativo interposto contra a penalidade aplicada. Diante disso, é papel do Poder Judiciário a tutela contra as possíveis irregularidades cometidas pelas agências reguladoras no cumprimento de tão vasta competência. Assim, resta claro que o juiz deve afastar a aplicação de normas editadas pelas agências reguladoras que violem dispositivo constitucional ou legal. O problema pode ocorrer quando o juiz negue validade a todo o conjunto normativo expedido pela agência reguladora. Diante disso, a insegurança jurídica pode levar ao caos do mercado regulado.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Agências Reguladoras. Agência Nacional de Energia Elétrica. Poder Normativo. Controle. Segurança Jurídica.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CADE	Conselho Administrativo de Defesa
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DRDH	Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica
ePUB	Electronic Publication (publicação eletrônica) <sup>1</sup>
Ibama	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
LP	Licença Prévia
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MMA	Ministério do Meio Ambiente
MME	Ministério de Minas e Energia
MPF	Ministério Público Federal
Nº	Número
PND	Plano Nacional de Desestatização
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
USP	Universidade de São Paulo

---

<sup>1</sup> ePUB é um formato de arquivo digital padrão específico para *ebooks* (livros digitais). É livre e aberto e foi criado pelo *International Digital Publishing Forum* (CICOM). Arquivos têm a extensão “.epub”.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1</b>	<b>BREVE HISTÓRICO.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2</b>	<b>AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL .....</b>	<b>13</b>
1.2.1	NATUREZA JURÍDICA .....	16
1.2.2	FORMA AUTÁRQUICA.....	18
1.2.3	AUTONOMIA FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA.....	18
1.2.4	ESPECIALIDADE TÉCNICA .....	20
1.2.5	MANDATO FIXO DE SEUS DIRIGENTES.....	20
1.2.6	REGIME DE PESSOAL .....	23
1.2.7	REGIME LICITATÓRIO .....	23
<b>1.3</b>	<b>FUNÇÕES EXERCIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>24</b>
1.3.1	FUNÇÃO EXCLUSIVA DA AGÊNCIA .....	25
1.3.2	FUNÇÃO EXECUTIVA .....	26
1.3.3	FUNÇÃO NORMATIVA.....	26
1.3.4	FUNÇÃO FISCALIZADORA.....	27
1.3.5	FUNÇÃO SANCIONATÓRIA .....	28
1.3.6	FUNÇÃO JUDICANTE, ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS .....	28
<b>2</b>	<b>O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1</b>	<b>AS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES POLÍTICOS .....</b>	<b>31</b>
2.1.1	ORIGEM DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	31
2.1.2	EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	32
<b>2.2</b>	<b>A DESCENTRALIZAÇÃO NORMATIVA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>34</b>
<b>2.3</b>	<b>PODER REGULAMENTAR E ATIVIDADE NORMATIVA .....</b>	<b>35</b>
<b>2.3</b>	<b>AS FINALIDADES DA REGULAÇÃO: A REGULAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL.....</b>	<b>36</b>
<b>2.4</b>	<b>AS ESPÉCIES DE REGULAMENTO.....</b>	<b>38</b>
2.4.1	REGULAMENTOS DE EXECUÇÃO.....	39
2.4.2	REGULAMENTOS AUTÔNOMOS.....	39
2.4.3	REGULAMENTOS DE EMERGÊNCIA .....	39
2.4.4	REGULAMENTOS AUTORIZADOS (OU POR DELEGAÇÃO).....	40
<b>2.5</b>	<b>O PODER NORMATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>41</b>
<b>2.6</b>	<b>A ÁREA DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>43</b>



2.6.1	AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	43
2.6.2	AGÊNCIAS REGULADORAS DA EXPLORAÇÃO PRIVADA DE BENS E ATIVIDADES MONOPOLIZADAS.....	45
2.6.3	AGÊNCIAS REGULADORAS DE ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO .....	47
2.7	CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	47
3	O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	51
3.1	O CONTROLE ADMINISTRATIVO .....	51
3.1.1	O CONTROLE PELO PODER DE DIREÇÃO .....	51
3.1.2	O CONTROLE EXERCIDO POR MEIO DE CONTRATO DE GESTÃO .....	52
3.1.3	O CONTROLE E COORDENAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS E SETORES REGULADOS.....	53
3.1.4	O CONTROLE POR FIXAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS .....	54
3.1.5	O CONTROLE POR MEIO DO POLÊMICO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO .....	55
3.1.6	O CONTROLE EXERCIDO PELA PRÓPRIA AGÊNCIA REGULADORA.....	57
3.2	O CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO .....	58
3.2.1	O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	59
3.2.2	O CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS.....	59
3.4	O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	61
3.5	O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO .....	61
3.6	PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE CONTROLE .....	62
4	O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO .....	65
4.1	O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA NO SETOR ELÉTRICO .	65
4.2	O CONTROLE JUDICIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DO SETOR ELÉTRICO.....	66
4.1.1	O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO.....	67
4.1.2	CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO CONTROLE JUDICIAL REALIZADOS SOBRE OS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	67
4.1.3	CRÍTICA DOS REPRESENTANTES LEGAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AO CONTROLE JUDICIAL .....	69
4.1.4	PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	70
4.3	O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL .....	73
4.4	PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL E MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO .....	75

4.4.1	AMPLIAÇÃO DO PODER DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .	77
4.4.2	APARELHAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO PARA REDUÇÃO DO PRAZO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA IMPUGNADA JUDICIALMENTE .....	78
4.4.3	CAPACITAÇÃO DOS MAGISTRADOS PARA ATUAÇÃO NA MATÉRIA.....	79
4.4.4	CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS.....	81
4.4.5	MODERAÇÃO NA CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES PARA SUSPENDER DECISÕES E ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	83
4.4.6	REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS.....	85
CONCLUSÃO.....		87
REFERÊNCIAS .....		89

# 1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Antes de adentrar no estudo das agências reguladoras e analisar a insegurança jurídica ocasionada pelo controle inadequado de sua atividade normativa, é necessário o estudo de alguns conceitos básicos da matéria, entre eles, o conceito de agência reguladora e suas características fundamentais.

Para Marçal Justen Filho (2014, p. 700), agência reguladora<sup>2</sup> é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para regulação setorial.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 174-5), as agências reguladoras são autarquias sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar as atividades de: a) serviços públicos propriamente ditos; b) atividades de fomento e fiscalização da atividade privada; c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; d) atividades que o Estado também protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares; e e) uso de bem público.

## 1.1 BREVE HISTÓRICO

Historicamente, as agências reguladoras foram pensadas a partir da constatação da inadequação do modelo tradicional de Administração Pública. Na lição de Alexandre dos Santos Aragão (2013, p. 204), a evolução da sociedade levou a necessidade de mudança dos paradigmas do Direito Administrativo. Isso ocorreu porque os diversos interesses do Estado sempre receberam proteção legislativa e, por isso, o Estado teve que progressivamente criar mecanismos para garantir a tecnização dos meios necessários à satisfação de suas finalidades e, ainda, devido a exigência de tratamento imparcial frente ao jogo político-partidário, fosse realizada por meio de novos centros de poder dotados de diferentes modelos organizativos.

Além disso, houve uma superação da ultrapassada ideia de separação absoluta entre o Estado e a sociedade, pois houve uma interpenetração entre ambos. O Estado é um instrumento de organização da sociedade, ao mesmo tempo em que o bem-estar da sociedade deve ser o maior objetivo do Estado. Para isso, buscou-se um modelo que permitisse uma regulação estatal heterogênea, descentralizada e provida de meios técnicos

---

<sup>2</sup> O Autor, em suas diversas obras, adota o conceito de “agência reguladora independente”.

necessários a produção dos efeitos esperados pela sociedade (ARAGÃO, 2013, p. 206).

No passo dessa evolução do Estado, os próprios Ministérios foram se multiplicando conforme a necessidade de especialização da atuação estatal para a defesa de interesses atribuídos ao Estado, que são numerosos e às vezes até contraditórios<sup>3</sup> (ARAGÃO, 2013, p. 208).

Assim, houve uma transformação dos modelos de Administração pública, que levaram a uma fragmentação harmônica do aparato administrativo devido, principalmente, a necessidade de novos instrumentos de integração e harmonização para exercício autônomo da discricionariedade administrativa, com implantação de mecanismos de controle mais finalísticos do que hierárquicos (ARAGÃO, 2013, p. 210).

Aragão (2013, p. 212-4) defende que a Administração pública contemporânea deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais impostos. Para isso, o que importa é que seja conferida autonomia de atuação a determinados centros de competências, independentemente de sua forma jurídica de constituição.

Por isso, surge a necessidade de descentralização da competência com a atribuição de prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do Poder central. O fundamental será a ausência de vinculação hierárquica. Assim, justificada a descentralização material da Administração pública contemporânea, com a criação de órgãos e entidades estatais dotados de relevante autonomia perante o Poder político-estatal central (ARAGÃO, 2013, p. 216).

Dessa forma, foi nesse contexto que, em boa parte do mundo ocidental<sup>4</sup>, se destacou a importância de criação das agências reguladoras independentes, principalmente em setores sensíveis à articulação do Estado com a sociedade, com destaque aos que foram objeto de desestatização (ARAGÃO, 2013, p. 217).

Segundo Adriana Maurano (2006, p. 78-9), o modelo de agência reguladora foi pensado na Inglaterra do século XIX. Contudo, a expressão Agência (*agency*) surgiu nos Estados Unidos da América. Após a Crise de 1929, e da depressão econômica que se seguiu, houve a necessidade de maior intervenção estatal na área econômica. Com a política do *New*

---

<sup>3</sup> Aragão (2013, p. 208) cita como exemplo a atuação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e do Ministério do Meio Ambiente (MMA). Podemos acrescentar a complexidade da atuação do Ministério de Minas e Energia (MME) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) de um lado, e do MMA e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) de outro lado.

<sup>4</sup> Justen Filho destaca os Estados Unidos da América e os países integrantes da Comunidade Europeia.

*Deal*, implementada pelo Presidente Roosevelt, as agências administrativas americanas passaram a intervir na economia, com a supressão de princípios básicos do liberalismo.

Dessa forma, o modelo brasileiro foi pensando utilizando como referência o modelo norte-americano. O problema é que o modelo de Direito Administrativo brasileiro foi influenciado pelo modelo francês, e não pelo modelo estadunidense, com a ideia de centralização administrativa e forte hierarquia (MAURANO, 2006, p. 79).

Assim, Adriana Maurano (2006, p. 80) informa que “para o estudo das Agências Reguladoras deve-se levar em consideração as características próprias do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a situação politico-administrativa do país”.

Contudo, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 556), as agências governamentais autônomas<sup>5</sup>, entendidas como entes fracionários do aparelho administrativo do Estado, não constituem tema novo no Direito Administrativo. Pelo contrário, segundo o Autor, no século XX foram estudados e testados, sob diversos aspectos, sujeitos governamentais executores de atividades estatais por outorga de competência, com funções reguladoras, fiscalizadoras e sancionadoras e, por vezes, para-jurisdicionais.

Em outra obra, o Autor afirma que a novidade está no ressurgimento da importância dessas entidades, rebatizadas de agências reguladoras, para desempenhar autarquicamente essas funções na disciplina de certos serviços públicos, cuja execução vem sendo transferida de empresas estatais para empresas privadas (MOREIRA NETO, 2000, p. 145-6)

Justen Filho (2014, p. 672) dá enfoque à evolução do Estado de Bem-Estar Social para transformar-se em um Estado Regulador. Segundo o Autor, o modelo regulatório propõe a extensão ao setor dos serviços públicos do mesmo pensamento desenvolvido na atividade econômica privada. A atuação estatal só seria justificada em setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocasse em risco valores coletivos ou fosse insuficiente para sua plena realização. Assim, a atuação estatal deveria se concentrar em setores como segurança, educação, seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais.

Contudo, o Autor questiona a disputa ideológica existente sobre o assunto. Em um extremo, encontram-se defensores do absentismo estatal, com concepções neoliberais, e, em outro, os que defendem uma intervenção estatal exaustiva, mesmo que regulatória. Independentemente da posição adotada, a privatização somente seria admitida

---

<sup>5</sup> Para o Autor, o conceito de autonomia é mais apropriado, por ser de índole administrativa, do que o de independência, por guardar sentido político-constitucional.

mediante a existência de instrumentos que garantissem que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado seriam buscados por meio da atuação da iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2014, p. 673-4).

## **1.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL**

Justen Filho (2014, p. 702) destaca a existência de duas previsões específicas na Constituição Federal de 1988 relacionadas com as agências reguladoras. O art. 21, XI, prevê que cabe à lei criar um órgão regulador dos serviços de telecomunicação, e o art. 177, § 2º, III, estabelece que a lei trará a disciplina, estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio federal sobre as atividades relacionadas a petróleo. Contudo, segundo o Autor, esses dois dispositivos constitucionais não estabelecem competência, nem dispõem sobre as estruturas dos órgãos reguladores. Assim, cabe à lei dispor sobre o regime próprio de cada agência, respeitando-se as limitações previstas no texto constitucional. Dessa forma, as agências reguladoras são instituições infraconstitucionais, sem a dimensão de um Poder<sup>6</sup>. Sem a existência de lei que as institua, organize e discipline, não haverá agências reguladoras.

As primeiras agências reguladoras independentes criadas no Brasil surgiram da conscientização de que o setor não poderia ficar ao arbítrio do setor privado, pois não resta dúvida de se tratar de interesse público que deve ficar sob o poder regulatório estatal. Contudo, buscou-se uma forma para que o sistema regulatório não ficasse sujeita a variação de humores político-partidários, dotando-se tais entidades de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central. Posteriormente, o Legislador entendeu que até mesmo atividades que sempre estiveram sob o domínio da iniciativa privada poderiam ser melhor reguladas por entidades dotadas de autonomia perante o poder hierárquico central (ARAGÃO, 2013, p. 219).

Segundo Carvalho Filho (2014, p. 494), o modelo de agências reguladoras no Brasil foi pensado a partir da edição da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), com o objetivo estratégico de reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais, de forma a transferir para a iniciativa privada atividades que o Estado indevidamente exercia de forma dispendiosa e ineficiente.

---

<sup>6</sup> Para Justen Filho (2014, p. 702), “as agências reguladoras não são um poder à parte, além daqueles já existentes”. Isso ocorre porque não há uma estruturação orgânica e funcional em nível institucional. Segundo o autor, “afirma-se que o Ministério Público e o Tribunal de Contas são dotados de autonomia em face dos três poderes porque há princípios e regras na Constituição que dão a essas duas instituições *status* próprio”. Cabe esclarecer que mesmo a posição do Ministério Público e do Tribunal de Contas é bastante controversa na doutrina.

Contudo, o afastamento do Estado da execução direta dessas atividades exigiu a instituição de órgãos reguladores para o setor. Assim, pela natureza da função a ser exercida, as agências reguladoras foram criadas com a típica função de controle.

As agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias com a função principal de controlar a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividade econômica, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executar os serviços, com a imposição de adequação aos fins desejados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização (CARVALHO FILHO, 2014, p. 495).

No mesmo sentido, Adriana Maurano (2006, p. 80) esclarece que no modelo brasileiro as agências reguladoras foram criadas como autarquias de regime especial, com autonomia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira, integrantes da administração indireta para atuarem na regulação e fiscalização dos serviços públicos pelos concessionários, permissionários e autorizados.

Segundo a Autora, “o critério empregado na eleição de um setor a ser regulado reside na existência de reflexos (positivos ou negativos) relacionados com a esta atividade”. Assim, analisando-se o serviço público privilegia-se a eficiência e a racionalidade de sua prestação, zelando, ainda, pela sua universalização. Por outro lado, as atividades econômicas em sentido estrito são reguladas visando preservar o ambiente concorrencial e o interesse dos consumidores (MAURANO, 2006, p. 82).

Na lição de Justen Filho (2014, p. 697-8), não há um perfil único para as agências reguladoras. Cada agência apresenta estrutura, função e regime jurídicos próprios definidos na lei instituidora. O Autor destaca que a diversidade é encontrada na comparação entre diferentes países e também no âmbito interno de cada país. Por isso, a adoção de um modelo estrangeiro exigiu sua adaptação aos princípios e regras que estruturam o sistema jurídico nacional.

Além disso, Aragão (2013, p. 219-20) entende que, como consequência necessária, as entidades foram dotadas de amplos poderes, notadamente de natureza normativa, pois precisariam desempenhar satisfatoriamente – com agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade velozmente mutável etc. – suas atribuições.

Cabe destacar as principais agências reguladoras brasileiras, em âmbito federal:

A primeira agência reguladora brasileira foi instituída pela Lei nº 9.427, de

26 de dezembro de 1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)<sup>7</sup>, e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)<sup>8</sup> foi criada pelo art. 8º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que introduziu o art. 21, XI, na Constituição Federal de 1988.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)<sup>9</sup> foi criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a própria ANP.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>10</sup> foi instituída pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que converteu a Medida Provisória (MPv) nº 1.791, de 1998, e definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, além de criar a ANP.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>11</sup> foi criada pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, que converteu a Medida Provisória (MPv) nº 2.012-2, de 2000, que criou a ANS como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A Agência Nacional de Águas (ANA)<sup>12</sup> foi instituída pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)<sup>13</sup> e a Agência

---

<sup>7</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=636&idPerfil=3>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>8</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Sobre a Anatel*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>9</sup> AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=2834>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>10</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Agência*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>11</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>12</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Sobre a ANA*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/Default.aspx>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

<sup>13</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/14070/Institucional.html>>. Acesso em: 18 mar. 2015.



Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)<sup>14</sup> foram criadas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a ANTT, a ANTAQ e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.

Adriana Maurano (2006, p. 81-2) afirma que a instituição das agências não ocorreu com a criação de um regime jurídico aplicável a todas elas. Por isso, vários projetos de lei estão tramitando no Congresso Nacional para regulamentar alguns aspectos das agências reguladoras.

Já Justen Filho (2014, p. 713) faz uma crítica a essa tentativa de impor uma disciplina jurídica uniforme para as agências reguladoras no modelo brasileiro. Segundo o Autor, no Brasil, diferentemente do que se passa em todos os demais países que adotam o modelo de agências, pretende-se uniformizar a matéria. Contudo, a heterogeneidade das figuras e a diversidade das características setoriais em que as agências atuam impedem a submissão a um regime jurídico único e uniforme.

### *1.2.1 NATUREZA JURÍDICA*

Segundo Adriana Maurano (2006, p. 85-6), as agências reguladoras são autarquias, pessoas jurídicas de direito público, que exercem funções de regulamentação, fiscalização e decisão em caráter descentralizado no âmbito das atividades econômicas e sociais de interesse público que merecem atenção especial do poder público. Obedecendo ao mandamento constitucional contido no artigo 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, somente podem ser criadas e extintas por meio de lei.

Para Aragão (2013, p. 333), uma das principais características das agências reguladoras do Direito Brasileiro é a considerável autonomia de que gozam.

O conceito de autonomia no ordenamento jurídico não é de fácil definição. Preliminarmente, cabe esclarecer que do grego, *auto*, significa próprio, e, *nomia*, norma, regra.

José Afonso da Silva (2005, p. 484) define autonomia como poder próprio dentro de um círculo traçado por outro, que pressupõe, ao mesmo tempo, uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo.

---

<sup>14</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/acessoainformacao/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

Segundo Aragão (2013, p. 334), “o conceito de autonomia só pode ser elaborado, em termos genéricos, como a margem limitada de liberdade de atuação conferida pelo ordenamento jurídico a pessoas públicas ou privadas”.

As agências reguladoras não são simples autarquias. Na verdade, são classificadas como autarquias especiais, por ter a lei instituidora previsto algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável à entidade, para propiciar uma margem de autonomia jurídica que não é encontrada nas demais autarquias existentes no Brasil (JUSTEN FILHO, 2014, p. 700).

O modelo brasileiro de agência reguladora foi pensado a partir de uma ideia de criação de um ente administrativo técnico, que fosse altamente especializado e impermeável às injunções, oscilações e interferências típicas do processo político, que influenciam de forma preponderante as decisões dos órgãos da Administração Pública (MAURANO, 2006, p. 87).

Isso foi feito para evitar que as agências reguladoras não passassem de mais um órgão, ou repartição, típico na estrutura hierárquica do Poder Executivo brasileiro. Mas para permitir que o objetivo fosse alcançado a autonomia dependeria de quatro fatores essenciais: a) independência política dos gestores; b) independência técnica decisória; c) independência normativa; e d) independência gerencial, financeira e orçamentária (MAURANO, 2006, p. 90).

Cada lei de criação confere um tratamento casuístico para a agência reguladora instituída, por isso não há um modelo único e obrigatório. Contudo, há uma semelhança entre todas as agências reguladoras criadas no Brasil: forma autárquica, autonomia, especialidade técnica e o mandato fixo de seus dirigentes (MAURANO, 2006, p. 86).

Entretanto, essa autonomia das agências reguladoras precisa estar submetida a mecanismos que combatam o déficit democrático dessas instituições, devendo ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislador para implementação de políticas públicas que estão em sua área de competência, assim como deve existir a necessária coordenação com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições independentes (ARAGÃO, 2013, p. 220).

Por fim, as autonomias precisam de delimitação caso a caso à luz dos termos em que são conferidas pelo direito positivo, pois dependendo da disciplina que receberem poderão assumir realidades jurídicas das mais diversas (ARAGÃO, 2013, p. 334).

Vejamos as principais características das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro.

### *1.2.2 FORMA AUTÁRQUICA*

As agências reguladoras são autarquias integrantes da Administração indireta, dotada de personalidade jurídica de direito público (JUSTEN FILHO, 2014, p. 700).

As agências reguladoras foram criadas sob a forma de autarquia, integrantes da Administração Indireta, para que pudessem exercer poderes de autoridade pública devido a sua personalidade de Direito Público. Cabe destacar que as agências reguladoras são autarquias em regime especial, caracterizado notadamente por:

- a) maior autonomia em relação à Administração Direita;
- b) especialização técnica;
- c) estabilidade de seus dirigentes, que gozam de mandato fixo;
- d) caráter final das decisões proferidas, que são insuscetíveis de apreciação e revisão por outros órgãos da administração.

Contudo, essa característica de regime especial não inova da forma apregoada, tendo em vista que todas as autarquias já gozam de certa independência. O aspecto que merece maior destaque é o mandato fixo dos dirigentes das agências (MAURANO, 2006, p. 86-7).

### *1.2.3 AUTONOMIA FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA*

Segundo Aragão (2013, p. 352), “a autonomia financeira é requisito essencial para que qualquer autonomia se efetive na prática”. A autonomia financeira e orçamentária possui duas vertentes: a determinação do próprio orçamento e o custeio independente das próprias despesas independentemente do arbítrio de quem quer que seja.

Além disso, a independência gerencial, financeira e orçamentária implica tanto na capacidade da autogestão, quanto na disponibilidade de recursos humanos e infraestrutura material fixada em lei, além de dotação orçamentária consignadas no orçamento geral da União (MAURANO, 2006, p. 87-8).

No que se refere à autonomia financeira, Justen Filho (2014, p. 708) ensina que a modelo de agências reguladoras permite a autonomia financeira da entidade por meio da garantia de receitas vinculadas. Assim, é possível a manutenção de sua estrutura e de seu

funcionamento sem dependência de disputas políticas acerca da distribuição de verbas orçamentárias.

As leis instituidoras<sup>15</sup> das agências reguladoras garantem a autonomia financeira das entidades atribuindo-lhes à titularidade das chamadas “taxas regulatórias”. Além disso, a autonomia orçamentária é conferida por meio da previsão de elaboração e envio da proposta orçamentária ao ministério ao qual a agência é vinculada (ARAGÃO, 2013, p. 352).

Aragão (2013, p. 352) destaca a polêmica existente quanto à natureza das “taxas regulatórias”. Segundo o célebre Autor, a questão não pode ser solucionada genericamente, pois depende da análise da natureza da atividade regulada e da disciplina específica de cada agência.

Assim, quando a “taxa regulatória” é referente à atuação de agência reguladora de serviços públicos ou da exploração privada de monopólios ou bens estatais, não se trata de taxa propriamente dita, ou seja, não possui natureza tributária, uma vez que a agência não exerce poder de polícia sobre os concessionários, e sim um dever de fiscalização oriundo do contrato de concessão, referente ao Poder Concedente ou titular do monopólio ou do bem (ARAGÃO, 2013, p. 352).

Por outro lado, quanto à “taxa regulatória” cobrada por agências reguladoras de atividades da iniciativa privada, trata-se de taxa propriamente dita, com natureza tributária, devido a cobrança visar somente a realização da justiça fiscal correspondente à atividade de fiscalização desempenhada pela agência; ou contribuição de intervenção no domínio econômico, instituíveis apenas pela União, nas hipóteses em que se destinem ao fomento e à conformação do próprio setor regulado (ARAGÃO, 2013, p. 353).

No que se refere à autonomia orçamentária, o instituto enfrenta sérias limitações decorrentes do Princípio da Unicidade Orçamentária, que impõe a apresentação do orçamento de forma unitária – harmônica e integrada –, mesmo que em vários documentos separados. Por esse motivo, a autonomia orçamentária não apresenta solidez diante da possibilidade de o Poder Executivo central cortar ou modificar as propostas elaboradas pelas agências reguladoras (ARAGÃO, 2013, p. 353-4).

---

<sup>15</sup> Por exemplo, no caso do setor elétrico, a previsão encontra-se nos arts. 11 a 13 da Lei nº 9.427/1996.

#### *1.2.4 ESPECIALIDADE TÉCNICA*

A independência técnica decisória e a independência normativa estão ligadas ao Princípio Constitucional da Eficiência. Trata-se da especialização técnica de cada agência em relação à sua atribuição técnica. Segundo Adriana Maurano (2006, p. 89), “esse grau de especialização técnica das agências, empregado em suas decisões, fundamenta não só a criação da própria agência, como também boa parte do poder normativo a ela conferido”.

Na lição de Aragão (2013, p. 343), o caráter técnico das agências reguladoras também é destacado pela exigência de requisitos de formação técnica para os dirigentes das entidades, e, ainda, principalmente, pelo fato de seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser criados, aplicados e fiscalizados no setor regulado.

Isso ocorre pelo fato de a legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem das interligações normativas que poderão afetar cada disposição normativa que deve ser adotada. Assim, apenas uma regulação ágil, levada a cabo por agentes independentes, versados sobre os diferentes e complexos aspectos da atividade a ser controlada e com liberdade de atuação frente ao dinamismo social e tecnológico, pode obter sucesso ao lidar com a realidade dinâmica e complexa do setor regulado (ARAGÃO, 2013, p. 344).

A especialidade de cada agência reguladora está relacionada a atribuição técnica desempenhada pela agência. Segundo Adriana Maurano (2006, p. 90), “trata-se de um conceito bastante controvertido que basicamente expressa a competência para tomar decisões que não sejam propriamente discricionárias, mas que se encontram fora do campo de controle jurisdicional”. Isso ocorre devido a especificidade da matéria envolvida que seria melhor conhecida pelos administradores e técnicos especializados. Assim, o controle se limitaria a verificar se há desrespeito ao comando normativo geral da lei de criação de cada agência reguladora.

#### *1.2.5 MANDATO FIXO DE SEUS DIRIGENTES*

A administração da agência é atribuída a titulares de cargo em comissão, investidos em mandato com prazo determinado, excluída a exoneração a qualquer tempo senão em virtude da comprovação de um elenco específico de causas. Isso ocorre porque a investidura no cargo ocorre por prazo certo, com eventual possibilidade de recondução. Cabe destacar que o procedimento de nomeação do dirigente tem a participação de diversos órgãos

e autoridades. Assim, uma vez empossados, os administradores têm garantia contra exoneração fundada em simples critério de conveniência. Somente será admitida sua demissão com a demonstração de que cometimento de ação ou omissão incompatível com os deveres inerentes às funções que estão ocupando (JUSTEN FILHO, 2014, p. 707).

Assim, a independência política dos gestores ocorre por meio da nomeação dos dirigentes para mandato fixo, com a impossibilidade de demissão *ad nutum*<sup>16</sup> pelo Chefe do Poder Executivo (MAURANO, 2006, p. 88).

Carvalho Filho (2014, p. 496) defende que o sistema verdadeiro das agências reguladoras impõe a outorga de certa independência em relação ao Governo no que se refere a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do Governo na atuação das agências reguladoras, o sistema perde a sua pureza e vocação. Por isso, a importância do mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras.

Contudo, esse assunto é objeto de grande divergência na doutrina. Um dos motivos é que haveria uma suposta inovação na categoria dos cargos públicos. A alegação é de que o regime constitucional prevê a existência de apenas duas categorias de cargos públicos. O art. 37, II, da CF prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, que são de livre nomeação e exoneração a critério da autoridade competente. Assim, essa possibilidade de garantir mandato fixo aos dirigentes das agências reguladoras representaria uma conjugação dos regimes de livre investidura do cargo público sem concurso público com as garantias contra a demissão discricionária (JUSTEN FILHO, 2014, p. 707).

Entretanto, Justen Filho (2014, p. 949-50) rejeita essa tese, pois a previsão constitucional de livre nomeação e exoneração não exclui a possibilidade de a lei subordinar a decisão de investidura e exoneração a restrições e limites, ao criar cargos em comissão relacionados com competências especiais e habilidades peculiares. A possibilidade tem previsão constitucional, conforme consta no art. 84, XIV:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

Nesses casos, a própria Constituição subordina a escolha do Chefe do

---

<sup>16</sup> No Direito Administrativo, é muito empregada a expressão demissível “*ad nutum*” para indicar que os servidores ocupantes do cargo podem ser exonerados livremente pela autoridade que os nomeou para o cargo (ACQUAVIVA, 1988, p. 137. v. 1.).

Executivo à aprovação do Senado Federal. Assim, se a natureza jurídica da competência para provimento do cargo em comissão comporta restrições mediante lei, a própria lei pode estabelecer restrições para a exoneração (JUSTEN FILHO, 2014, p. 949-50). Esse é o caso dos dirigentes das agências reguladoras. As leis de criação determinam o procedimento diferenciado para o provimento do cargo público e garante a estabilidade dos seus ocupantes.

No caso da ANEEL, a previsão está contida no art. 5º, da Lei nº 9.427/1996:

Art. 5º O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Outra polêmica diz respeito ao prolongamento do mandato dos dirigentes das agências reguladoras para além do mandato do Presidente da República.

Mais uma vez, Justen Filho (2014, p. 707) rejeita essa objeção afirmando que a democracia exige que o Chefe do Poder Executivo não seja investido de poderes imperiais e que a limitação de poderes do Chefe do Poder Executivo é compatível com a própria República. Por tudo isso, o Autor afirma que é válido e necessário assegurar aos servidores investidos de competências relevantes a proteção em face das autoridades políticas. Assim, é plenamente válido o prolongamento do mandato dos dirigentes das agências reguladoras após o término do mandato do Chefe do Poder Executivo que realizou as nomeações.

No mesmo sentido, Aragão (2013, p. 220) entende que uma das maiores vantagens da implementação do modelo de agências reguladoras reside no distanciamento dos critérios político-partidários de suas decisões, assegurada pela impossibilidade de o Chefe do Poder Executivo eleito exonerar livremente os dirigentes nomeados pelo Presidente da República anterior. Contudo, o Autor destaca que esse mesmo sistema também representa um sério risco.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 179-80) faz severas críticas à extensão do mandato dos dirigentes das agências reguladoras após o mesmo período governamental. Segundo o Célebre administrativista, esse mecanismo engessa a liberdade administrativa do futuro Governo, tendo em vista que é da essência da República a temporalidade dos mandatos, para que o povo possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diferentes do Governo precedente.

O Autor afirma que possibilitar a um governante a outorga de poderes a pessoas de sua confiança por um período que ultrapasse a duração de seu próprio mandato é

permitir que sua influência ultrapasse a época de sua gestão e ao mesmo tempo impedir que o novo Chefe do Poder Executivo implemente a sua nova orientação política que foi sufragada nas urnas. Por isso, o Autor encerra a crítica afirmando que essa prática “seria uma fraude contra o próprio povo” (MELLO, 2013, p. 179-80).

Por fim, apesar a coerência das críticas realizadas, o mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras é um importante mecanismo para assegurar a independência da entidade.

#### *1.2.6 REGIME DE PESSOAL*

O regime de pessoal das agências reguladoras deve ser analisado considerando-se a distinção da disciplina aplicada aos dirigentes, como detalhado acima, e da matéria relativa aos servidores públicos das entidades.

O regime jurídico dos dirigentes das entidades está previsto nos arts. 4º a 10 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. A disciplina geral exige a escolha do dirigente entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos, que serão nomeados pelo Presidente da República para mandato por período certo, após a aprovação pelo Senado Federal, conforme a disposição do art. 52, III, *f*, da Constituição Federal. Também existe a vedação à exoneração *ad nutum* e uma série de vedações na atuação profissional durante o período de quarentena fixado após o dirigente deixar a agência (ARAGÃO, 2013, p. 346).

Com relação aos demais servidores das agências, a matéria é regida pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências reguladoras. A lei impõe que os cargos serão regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou seja, pelo regime estatutário de direito público, com a previsão de estabilidade e demais prerrogativas que lhe são inerentes (ARAGÃO, 2013, p. 346).

#### *1.2.7 REGIME LICITATÓRIO*

Devido à necessidade de que as agências reguladoras tenham uma atuação ágil e especializada em setores especialmente sensíveis, sentiu-se a necessidade de adoção de procedimentos licitatórios mais simplificados, condizentes com a realização desses objetivos (ARAGÃO, 2013, p. 348).



Assim, as leis das agências reguladoras previram a adoção de procedimentos licitatórios especiais, distintos dos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tanto no desempenho de suas atividades fins – por exemplo, delegação dos serviços públicos regulados – quanto das atividades meio – compras e contratações de bens e serviços – utilizando a modalidades licitatórias especiais e simplificadas de pregão e consulta pública (ARAGÃO, 2013, p. 348-9).

A consulta é uma modalidade de licitação prevista no art. 37, da Lei nº 9.986/2000 para licitações realizadas pelas agências reguladoras. O procedimento a ser adotado está previsto nos arts. 55 a 58, da Lei nº 9.472/1997. De acordo com a norma, a consulta deve ser utilizada pelas agências reguladoras apenas nas hipóteses em que não for possível o pregão, bem como para contratações que não envolvam obras e serviços de engenharia (OLIVEIRA, 2014, p. 400-1).

### **1.3 FUNÇÕES EXERCIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Aragão (2013, p. 404) ensina que a grande variedade de funções exercidas pelas agências reguladoras não é de exclusividade dessas entidades. Outros órgãos e entidades também recebem poderes análogos aos atribuídos às agências. As agências possuem os clássicos poderes administrativos relacionados com o exercício de fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, cumprimento das regras fixadas nos contratos de concessão, nas licenças ou nas autorizações, incluindo o estabelecimento de tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas tidas como prejudiciais aos interesses coletivos tutelados.

Segundo Aragão (2013, p. 403), as agências reguladoras exercem uma grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

Para Adriana Maurano (2006, p. 91), as agências reguladoras são autarquias em regime especial criadas para regulação de atividades econômicas, da exploração privada de bens e de serviços públicos concedidos para a iniciativa privada. As agências reguladoras exercem sua autoridade por meio de funções de natureza executiva, normativa e judicante.

Justen Filho (2014, p. 698) destaca que as agências brasileiras não são uma simples cópia do modelo americano. Uma das principais diferenças é que nos EUA a competência estatal é exercida de modo exclusivo pela agência. No Brasil, uma parcela da

competência é mantida pela Administração central criadora da agência. Segundo o Autor, a análise jurídica das agências reguladoras no Brasil envolve, necessariamente, a coexistência de outras entidades estatais dotadas de competência similar para regular o mesmo setor.

Para Glauco Martins Guerra (2003, p. 349-50), as funções das agências reguladoras podem ser sintetizadas em:

- a) poder normativo de regular a atividade fiscalizada (criação de regras gerais, mas exclusiva do objeto da regulação);
- b) controle e fiscalização da atividade regulada;
- c) aplicação de sanção por descumprimento das regras regulatórias;
- d) arbitragem de controvérsias inerentes à atividade;
- e) promoção de escolha dos agentes privados executores da atividade regulada (contratação mediante licitação);
- f) divulgação pública da atividade; e
- g) proteção ao consumidor da atividade privatizada e regulada.

Por fim, as agências reguladoras desempenham funções administrativas de diversa ordem, possuem competência regulamentar para editar normas em abstrato, dispõem de competência decisória para solucionar casos concretos, e a incumbência para dirimir conflitos com e entre particulares (JUSTEN FILHO, 2014, p. 703).

### *1.3.1 FUNÇÃO EXCLUSIVA DA AGÊNCIA*

Segundo Justen Filho (2014, p. 704), as competências atribuídas por lei às agências reguladoras são retiradas da Administração direta, ou seja, quando a lei atribui competências administrativas privativas em prol das agências isso equivale a reduzir os poderes da Administração centralizada. Como exemplo, o Autor destaca a impossibilidade de revisão ministerial dos atos praticados pelas agências.

Esse tema é controverso e será abordado abaixo no item 3.1.5 quando tratarmos do polêmico Parecer Normativo nº AC – 051<sup>17</sup> da AGU, que trouxe a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agências supostamente ultrapassar o limite das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração central.

---

<sup>17</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República: atos correlacionados: pareceres*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/191254](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/191254)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

### *1.3.2 FUNÇÃO EXECUTIVA*

As agências reguladoras exercem poder de polícia estatal em semelhança com as atribuições da Administração Pública direta. Assim, em alguns casos, as agências reguladoras concedem, permitem e autorizam a prestação de serviço público, autorizam o uso de bens públicos, expedem licenças, autorizam reajuste e revisões de tarifas visando a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro das concessões (MAURANO, 2006, p. 93).

### *1.3.3 FUNÇÃO NORMATIVA*

Segundo Aragão (2013, p. 336), o conceito de regulação envolve o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, por isso é necessário que as agências reguladoras desempenhem uma série de distintas funções, o que chega a desafiar algumas das formulações mais tradicionais da doutrina clássica da separação dos poderes.

As leis que criaram as agências reguladoras conferiram o poder normativo para a edição de normas gerais e abstratas e a edição de normas concretas e individualizadas. O poder normativo é importante devido ao aspecto técnico do setor regulado e mediante a impossibilidade de o Poder Legislativo chegar às minúcias relacionadas à adequação ou inadequação de determinadas medidas. Cabe destacar que a edição de atos normativos por parte das agências reguladoras deve observar os limites impostos pela lei (MAURANO, 2006, p. 94).

O maior destaque vai para os amplos poderes normativos conferidos em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de mediação, possibilidade de suspensão da prestação dos serviços, fixação de regras para acesso aos imóveis e qualidade dos serviços ou das mercadorias comercializadas (ARAGÃO, 2013, p. 404).

Justen Filho (2014, p. 701-3) destaca que as agências reguladoras são investidas de competência para editar normas regulamentares, possuindo titularidade de competência regulatória setorial, ou seja, podem editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos no setor econômico em que atuam.

Segundo Adriana Maurano (2006, p. 95), a função normativa das agências reguladoras gera controvérsias na doutrina, pois muitos entendem que a competência do Poder Legislativo estaria sendo usurpada, o que violaria a separação dos poderes e o princípio da legalidade. O tema será melhor desenvolvido no capítulo 2 infra.

No caso da ANEEL a legitimação normativa foi atribuída por sua lei

instituidora, a Lei nº 9.427/1996, que fundamenta sua função regulatória e a competência para editar normas gerais sobre o setor elétrico, conforme previsão do art. 3º, inciso I:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, **competem à ANEEL:**

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, **expedindo os atos regulamentares necessários** ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (grifo nosso)

#### *1.3.4 FUNÇÃO FISCALIZADORA*

No exercício da atividade fiscalizatória, as agências reguladoras aplicam sanções. Contudo, a principal finalidade da aplicação de penalidades é induzir ou obrigar os agentes regulados ao atingimento de metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes para o setor regulado (MAURANO, 2006, p. 94).

Assim, independentemente da classificação da agência reguladora quanto à atividade regulada, todas as leis que as instituíram preveem a competência fiscalizadora sobre os agentes econômicos que se encontrem no âmbito de atuação da agência (ARAGÃO, 2013, p. 337).

Contudo, o fundamento da atividade fiscalizatória poderá sofrer variação conforme a agência seja (i) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao próprio Poder Concedente; (ii) reguladora da exploração privada de monopólio ou de bem público, o fundamento da fiscalização será contratual; ou (iii) reguladora de atividade econômica privada, a natureza da fiscalização será oriunda do poder de polícia administrativa (ARAGÃO, 2013, p. 337).

A ANEEL atua na fiscalização econômico-financeira, de geração e dos serviços de eletricidade, para atingir todas as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas em operação no sistema elétrico brasileiro<sup>18</sup>.

A atividade fiscalizatória procura instruir os agentes do mercado quanto ao cumprimento de todas as obrigações contratuais e regulamentares. Ao final do trabalho, os fiscais responsáveis resumem o que constatarem em um relatório onde algumas situações aparecem como recomendações (sugestões) ou determinações, de caráter mais grave.

A fiscalização da ANEEL tem como finalidade buscar a prestação de

---

<sup>18</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Informações Técnicas*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

serviços de qualidade no setor elétrico. As empresas que descumprem as normas e leis do setor elétrico podem sofrer punições que vão desde advertência e multas até a cassação da concessão. O procedimento da ação de fiscalização da ANEEL é regido pela Resolução nº 63, de 12 de maio de 2004.

### *1.3.5 FUNÇÃO SANCIONATÓRIA*

Como consequência da atividade fiscalizatória, as agências reguladoras possuem competência para aplicar sanções por eventual descumprimento de disposições legais, regulamentares ou contratuais por parte dos agentes econômicos regulados. Aragão (2013, p. 338) defende que a aplicação de sanções depende de apoio em algum dispositivo legal, ainda que genérico, ficando a graduação e a especificação das penalidades sujeitas à normatização da agência.

### *1.3.6 FUNÇÃO JUDICANTE, ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS*

As agências reguladoras tem com atribuição a solução de conflitos entre os diversos agentes regulados, entre os agentes regulados e os consumidores e o Poder Público. Contudo, a decisão produzida pela agência é um ato administrativo e por isso não produz coisa julgada. Nesse sentido, as agências reguladoras devem ser independentes uma vez que o exercício da mediação de conflitos pode, por vezes, contrariar os interesses estatais (MAURANO, 2006, p. 95-6).

Assim, as agências reguladoras possuem competência para a resolução de controvérsias, envolvendo as próprias agências, o Poder Público, os agentes regulados ou os particulares. Aragão (2013, p. 404) cita o exemplo das lides entre usuários e prestadores de serviços públicos, que são solucionados pelas agências.

Justen Filho (2014, p. 706) reconhece que as agências reguladoras são investidas de competências discricionárias para decidir a solução mais adequada em face do caso concreto envolvendo questões técnicas e regulatórias.

No que refere às agências reguladoras de serviços públicos, a competência para decidir administrativamente os conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários do serviço decorre diretamente da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, conforme a disposição dos arts. 23 e 23-A:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Além disso, as leis instituidoras das agências reguladoras costumam prever a competência da entidade para dirimir conflitos<sup>19</sup>.

Há uma polêmica na doutrina sobre a possibilidade de o Poder Judiciário revisar a decisão tomada pela agência reguladora quando a medida baseou-se efetivamente em critérios técnicos, com a devida motivação e respeito ao contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas. Assim, quando a decisão está em conformidade com os ditames constitucionais e legais, e em conformidade com as atribuições da agência, não caberia ao Poder Judiciário modificar a decisão da agência sob pena de usurpar a competência própria de outro poder (MAURANO, 2006, p. 96-7).

Além disso, outra controvérsia é a possibilidade de as agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para a resolução de conflitos com os agentes econômicos regulados. Diante da grande polêmica, Aragão defende que, em face da indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível mediante a autorização legal (ARAGÃO, 2013, p. 340). No caso das agências reguladoras de serviço público, a Lei nº 8.987/1995 prevê expressamente a possibilidade no art. 23-A:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005). (grifo nosso)

Além da função julgadora e da arbitragem, as leis instituidoras das agências reguladoras costumam atribuir competência para composição de conflitos entre os envolvidos na área de competência da agência (ARAGÃO, 2013, p. 341).

Ademais, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, autoriza a celebração de compromissos de ajustamentos de conduta para a defesa dos interesses difusos pelas autarquias, incluindo, naturalmente, as agências reguladoras.

---

<sup>19</sup> Por exemplo, o art. 18 da Lei nº 9.478/1997: “Art. 18. As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre esses e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições. (Redação dada pela Lei nº 12490, de 2011)”.

No que se refere ao setor elétrico brasileiro, a lei de criação da ANEEL prevê a substituição da aplicação de sanções pecuniárias pela imposição de novas metas de ampliação dos serviços prestados pelo agente infrator, atitude mais alinhada aos objetivos perseguidos pela Agência. Isso decorre do fato de as agências reguladoras não possuírem apenas as funções fiscalizadoras e sancionatórias, pois incumbe-lhes, como função precípua, a consecução dos objetivos fixados em suas leis de criação (ARAGÃO, 2013, p. 342).

Cabe destacar que a mediação é um meio voluntário e extrajudicial de solução de conflitos. As partes envolvidas são responsáveis por encontrar a solução do conflito, com a atuação de um mediador, que deve conduzir as negociações, abstendo-se de apresentar propostas para sanar a controvérsia.

Segundo Wambier (2011, p. 99-100), a mediação é uma espécie de autocomposição coordenada pelo mediador, que leva os participantes a uma solução embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito. Assim, os envolvidos chegam por si próprios à solução mais acertada para a sua desavença, em comum acordo.

Dessa forma, no setor elétrico brasileiro, o papel da ANEEL em um processo de mediação é apenas auxiliar as partes interessadas a sair de uma posição conflituosa para uma cooperativa além de, ao mesmo tempo, garantir que a solução acordada não desrespeite a ordem pública e o arcabouço legal do setor elétrico<sup>20</sup>. Entretanto, conflitos completamente disciplinados por regulamento da Agência não são tratados por meio de um processo de Mediação. Nesses casos, a ANEEL avalia e, caso necessário, os encaminha para tratamento pela ouvidoria setorial ou pela área regulatória responsável da Agência.

Atualmente, a Mediação na ANEEL ainda não é regulamentada. Assim, com o intuito de elucidar a dinâmica do processo de mediação conduzido pela Agência, permitindo que sua função de dirimir conflitos no âmbito do setor elétrico nacional seja cumprida de forma mais clara e eficiente, foi aberta a Consulta Pública nº 003/2014 para obter subsídios para a regulamentação das diretrizes do processo de mediação na ANEEL<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Informações Técnicas*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Resumo\\_Mediacao.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Resumo_Mediacao.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>21</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Consulta Pública nº 003, de 22 de abril de 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/detalhes\\_consulta.cfm?IdConsultaPublica=254](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/detalhes_consulta.cfm?IdConsultaPublica=254)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

## **2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Para uma análise acerca do poder normativo das agências reguladoras, é necessário um estudo histórico sobre a teoria clássica da separação dos poderes. Isso se faz necessário, porque o ordenamento jurídico brasileiro, em herança no modelo romano-germânico, atribuir à função legiferante ao Poder Legislativo. Este Poder seria o único legítimo para elaborar leis que inovem no ordenamento jurídico.

Além disso, nenhuma importação de instituto jurídico estrangeiro pode ser feito sem a adaptação às características essenciais locais. Com isso, a análise do poder normativo das agências reguladoras deve ser feita sob a ótica da ordem jurídica pátria, especialmente sob o ponto de vista constitucional (JUSTEN FILHO, 2002, p. 286).

### **2.1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES POLÍTICOS**

Segundo Adriana Maurano (2006, p. 21), “a teoria da separação dos poderes está baseada na ideia de que as funções políticas e jurídicas básicas do Estado devem ser atribuídas a órgãos estatais distintos segundo uma tripartição fundamental: legislativo, executivo e judiciário”.

Historicamente, Aristóteles foi o primeiro a esboçar a ideia de divisão das funções estatais em sua obra *Política*. Posteriormente, John Locke elaborou teoria reconhecendo a necessária existência de funções distintas para o Estado, conforme inspiração do liberalismo inglês. Para isso, ele enumerou quatro poderes: legislativo, executivo, federativo e discricionário. Entretanto, foi Montesquieu quem consagrou a teoria da separação dos poderes em sua obra *O Espírito das Leis* (MAURANO, 2006, p. 21-2).

Assim, a questão será analisada partindo do estudo da teoria clássica da separação dos poderes e a evolução interpretativa da teoria para o modelo adotado em muitos países para justificar a atuação das agências reguladoras.

#### **2.1.1 ORIGEM DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Adriana Maurano (2006, p. 23-4) afirma que “a doutrina de separação de poderes tem suas raízes históricas na Inglaterra do século XVII. Inicialmente, foi concebida como mecanismo voltado a coibir a tirania e o livre-arbítrio do monarca e garantir a liberdade, a propriedade e a segurança dos indivíduos”. Em um primeiro momento, a separação foi feita



por meio das funções legislativa e executiva, para impedir a concentração dos poderes em um único ente estatal. Nesse momento, a função jurisdicional estava abrangida pela função executiva.

Partindo das ideias de John Locke e da experiência inglesa, Montesquieu (2000, p. 168) publicou em 1748 a obra *O Espírito das Leis*, que trouxe a teoria da separação dos poderes. Segundo Montesquieu, a concentração de poderes em uma mesma pessoa é altamente prejudicial ao estado e favorece a tirania. Pela clareza das palavras do Autor, merecem reprodução:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

Dessa forma, Montesquieu, além das funções legislativas e executivas, acrescenta a função judicial e sistematiza a ideia da tripartição dos poderes, de forma que o Estado ficasse estruturado de tal forma que o poder se encarregasse de controlar e de limitar a si mesmo.

Contudo, segundo Aragão (2013, p. 405), “a doutrina de Montesquieu, além de sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio Autor, nunca foi aplicada em sua inteireza”.

Por isso, faz-se necessário o estudo da evolução dessa teoria.

### 2.1.2 EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Adriana Maurano (2006, p. 27) afirma que “o ponto central da teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi a proibição de uma única pessoa ou um único órgão exercer todas as funções referentes aos poderes legislativos, executivo e judiciário”. Segundo a Autora, a teoria ganhou relevo na doutrina constitucional do liberalismo que pregava o fim do absolutismo da monarquia dos séculos XVII e XVIII. Assim, essa teoria clássica deve ser entendida dentro do contexto histórico da época.

Dessa forma, é necessária a adaptação da teoria da separação dos poderes ao contexto político-constitucional atual. Assim, a separação dos poderes deve ser vista, não

como um dogma, mas como uma divisão das funções do Estado entre órgãos distintos, para uma divisão do trabalho de modo que não ocorra a perigosa concentração de poderes em um só órgão (MAURANO, 2006, p. 29).

Aragão (2013, p. 406) defende a retirada do caráter dogmático e sacramental atribuído ao princípio da separação dos poderes para que, sem a perda de sua vitalidade, seja colocado em seus devidos termos, que o configurem como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, possibilitando uma salutar divisão de trabalho e um obstáculo a tal perigosa concentração das funções estatais.

Assim, com a relativização da ideia clássica e absoluta de separação dos poderes, o amplo poder regulamentar atribuído a órgãos e entidades da administração pública não contraria a divisão das funções estatais estabelecidas nas constituições contemporâneas (MAURANO, 2006, p. 34).

Devemos ter em consideração que a outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizaram, até o fim do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais (ARAGÃO, 2013, p. 409).

A complexidade e a autonomia das competências conferidas às agências reguladoras não contraria a divisão de funções estabelecida pela Constituição Federal e os valores do Estado de Direito, que constituem o principal parâmetro para admissibilidade ou não do exercício de distintas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública (ARAGÃO, 2013, p. 409).

Por isso, as agências reguladoras são dotadas de competências complexas que fortalecem o Estado de Direito, pois retira do emaranhado das lutas políticas, existente no Poder Legislativo, a regulação de importantes atividades sociais e econômicas e diminuem a concentração de poderes na Administração Pública central, e alcançam, com melhor proveito, o objetivo maior da separação dos poderes, que é garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou até mesmo por elas atingidos, e mantendo sempre a possibilidade de interferência do Legislador para alterar o regime jurídico da agência reguladora e do setor regulado (ARAGÃO, 2013, p. 410).

Aragão (2013, p. 412) entende que as agências reguladoras independentes se inserem perfeitamente no marco da separação dos poderes do Estado contemporâneo, pois contribui para a realização dos seus objetivos materiais mais importantes de descentralização e democratização do exercício do poder.

Assim, mesmo sobre a ótica tradicional da doutrina clássica da separação

dos poderes, os inúmeros poderes atribuídos às agências reguladoras, além de incluir aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite, são, de forma bastante genérica, exercidos com enorme grau de liberdade e autonomia frente a quaisquer dos demais Poderes da República. Por essa razão, cabe transcrever as palavras de Aragão (2013, p. 405) sobre as agências reguladoras diante da separação dos poderes:

“Sendo assim, podemos fazer as seguintes indagações: as agências reguladoras independentes exercem concomitantemente poderes materialmente administrativos, persecutórios, jurisdicionais e legislativos? A conjunção de tantas funções acabaria por distingui-las, no seu complexo conjunto, das funções estatais até então tradicionalmente conceituadas? Constituiriam as funções das agências reguladoras independentes, em sua globalidade, uma nova função estatal? A resposta positiva a qualquer das indagações anteriores implicaria na violação do princípio da separação dos poderes?”

Por fim, Aragão (2013, p. 412) responde aos questionamentos formulados acima afirmando que as agências reguladoras independentes se inserem perfeitamente no marco da separação dos poderes do Estado contemporâneo, pois contribui para a realização dos seus objetivos materiais mais importantes de descentralização e democratização do exercício do poder sem comprometimento dos princípios fundantes da República.

## **2.2 A DESCENTRALIZAÇÃO NORMATIVA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO**

Segundo Aragão (2013, p. 412-3), o pluralismo e a complexidade da sociedade, somado ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem prestadas diretamente pelo Estado, ou por ele reguladas, inviabilizam o modelo liberal pensado no século XVIII.

Inicialmente, a complexidade da sociedade levou o legislador à elaboração de regulamentações especiais destinadas a determinados setores da sociedade ou a certas relações jurídicas. Como por exemplo, na criação de novos ramos do direito – o Direito do Trabalho era considerado um ramo especializado do Direito Civil (ARAGÃO, 2013, p. 413).

Mesmo assim, verificou-se que o Poder Legislativo, essencialmente político e com atuação morosa, era incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação. Por isso, era necessária não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, mas também dos entes incumbidos da expedição das respectivas normas. Esses entes deveriam ser dotados de amplos poderes para desenvolver de forma satisfatória a atividade normativa, com a observação dos princípios norteadores do Estado de Direito, e também de independência das interferências políticas (ARAGÃO, 2013, p. 414).

Dessa forma, a união desses fatores e a necessidade de criação de entes independentes encarregados de regulação de atividades dotadas de grande conteúdo técnico-específico, resultou no surgimento de diversos ordenamentos setoriais, isto é, regimes jurídicos específicos desenvolvidos por entidades reguladoras de determinado setor econômico (ARAGÃO, 2013, p. 414).

Por fim, foi a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, que levou a criação das agências reguladoras independentes para o exercício de atividade normativa, abstrata ou concreta (ARAGÃO, 2013, p. 414). Negar o poder normativo às agências reguladoras implicaria na frustração de todo o modelo institucional criado e traria, ainda, enorme prejuízo ao setor regulado.

## **2.3 PODER REGULAMENTAR E ATIVIDADE NORMATIVA**

O princípio da legalidade é característico do Estado Democrático de Direito, conforme o disposto do art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988. Esse princípio estabelece as regras de distribuição de competência entre os Poderes da República. Assim, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criar regras que inovem no ordenamento jurídico (MAURANO, 2006, p. 98). Contudo, com o alargamento das atribuições do Estado, a elaboração de leis por parte do Poder Legislativo, que fossem suficientemente detalhadas para regular da forma necessária às relações econômicas, tornou-se praticamente impossível (MAURANO, 2006, p. 103).

Em virtude das dificuldades acima demonstradas, foi necessário o alargamento da utilização do poder regulamentar às necessidades e realidades da sociedade contemporânea. O Poder legislativo passou a editar leis com caráter mais geral, que necessitassem da devida complementação e detalhamento por parte do Poder Executivo, por meio de Decreto, para a sua fiel execução.

Além disso, foram utilizadas duas técnicas: a) atribuir no texto constitucional competência para que o Poder Executivo discipline um rol de matérias sem a participação, ou com a participação limitada, do Poder Legislativo (os denominados regulamentos autônomos ou independentes); ou b) possibilitar a delegação legislativa de competências normativas para complementar e particularizar as leis, com a definição de parâmetros genéricos para a atuação do Poder Executivo (MAURANO, 2006, p. 103). Essa segunda definição é a que será maior detalhada no âmbito deste trabalho.

Assim, a regulação foi a forma preferencial adotada pelo Estado como

forma de intervenção indireta, puramente normativa. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direito de algumas atividades essenciais e concentra o seus esforços para produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições (estatais e não estatais), orientando conforme os objetivos eleitos pelo Estado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 671).

Contudo, é importante frisar que a atuação regulatória deve observar rigidamente alguns procedimentos, destinados a preservar a racionalidade das decisões e a garantir a participação democrática dos diversos setores da sociedade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 676).

### **2.3 AS FINALIDADES DA REGULAÇÃO: A REGULAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL**

Na lição de Justen Filho (2014, p. 669), “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido, o Estado pode intervir na ordem econômica de duas formas. De um lado, o Estado intervém diretamente na economia quando desenvolve por meio de uma entidade administrativa uma atividade de natureza econômica, em competição com os particulares ou mesmo com atuação exclusiva. Por outro lado, a intervenção indireta ou normativa ocorre com o exercício pelo Estado de sua competência legislativa e regulamentar para disciplinar o desempenho de atividades econômicas, desenvolvida na órbita pública ou privada (JUSTEN FILHO, 2014, p. 687).

A doutrina econômica aponta a regulação estatal como melhor instrumento para suprir as deficiências do mercado. Por mais que essa visão tenha evoluído ao longo do tempo alguns conceitos chaves ainda permaneceram.

Segundo Justen Filho (2014, p. 692-3), a proposta inicial era a Autorregulação do mercado em que os próprios mecanismos de mercado seriam suficientes para a realização dos fins de interesse público. Isso ocorreria porque ainda que cada agente orientasse sua atuação à obtenção da solução egoística mais satisfatória, o resultado conjunto seria a satisfação do bem comum.

Posteriormente, esse sistema de autorregulação se mostrou falho e no período conceituado como a primeira onda regulatória a regulação se caracterizou como a intervenção estatal destinada exclusivamente a suprir as deficiências e as insuficiências do

mercado. Dessa forma, a regulação estatal seria necessária e legítima quando não há condições de funcionamento satisfatório e eficiente do mercado por si só, o que se passa essencialmente nos casos de ausência de concorrência perfeita.

A doutrina econômica é divergente sobre a existência da situação tida como “concorrência perfeita”. Para Vasconcellos (2011, p. 420), “concorrência perfeita é a estrutura de mercado com número infinito de firmas, produto homogêneo, não existindo barreiras à entrada de firmas”. Mankiw (2011, p. 278) utiliza o conceito de mercado competitivo, ou mercado perfeitamente competitivo, como um “mercado com muitos compradores e vendedores negociando produtos idênticos, de modo que cada comprador e vendedor é um tomador de preços”. Segundo o Vasconcellos (2011, p. 5-7), em um sistema de concorrência pura ou perfeitamente competitivo, predomina o *laissez-faire*, em que os produtores e consumidores têm condições de resolver os problemas econômicos fundamentais. Eles são guiados pela “mão invisível”, conceito criado pelo economista Adam Smith, sem a necessidade de intervenção estatal na atividade econômica. As principais críticas ao modelo são: (i) trata-se de uma grande simplificação da realidade; (ii) os preços sofrem influências diversas e nem sempre flutuam livremente; (iii) diversas interferências estatais indesejadas; e (iv) o mercado sozinho não promove a perfeita alocação de recursos e a perfeita distribuição da renda. Por todas essas críticas, é que se fez necessária a atuação estatal para complementar a atividade exercida pela iniciativa privada e a regulação de alguns mercados.

Seguindo os conceitos adotados por Justen Filho (2014, p. 693-6), as deficiências de mercado envolvem, basicamente, (i) situações de deficiência na concorrência; (ii) os bens coletivos; (iii) externalidades; (iv) assimetrias de informação; e (v) desequilíbrio econômico.

A deficiência na concorrência é caracterizada pela ausência de disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que a concorrência econômica produza os seus efeitos positivos.

Os bens coletivos são aqueles necessários à satisfação das necessidades comuns e essenciais para todos os integrantes da sociedade. A necessidade de regulação ocorre pela ausência de condições para que as necessidades fundamentais sejam atendidas de modo satisfatório com as regras criadas pelo mercado.

A externalidade é uma circunstância econômica, que pode ser uma vantagem ou desvantagem, em que o custo é transferido para terceiros, intencionalmente ou não.

Assimetria de informações ocorre quando os diversos agentes que atuam no

processo econômico possuem diferentes graus de informações, isso proporciona que alguns tenham melhor condições de escolha do que outros.

Finalmente, o desequilíbrio econômico é inerente ao próprio sistema capitalista que acumula períodos de prosperidade e períodos de crises. Assim, durante a crise, as pessoas mais carentes enfrentam dificuldades insuportáveis que sacrificariam a sua dignidade. Por isso, a atuação estatal é justificada para adotar providências necessárias a eliminar, ou diminuir, o desequilíbrio, evitando as causas que conduzem à crise e propiciando fatores para o desenvolvimento.

Em outro momento, a segunda onda regulatória tratou-se de uma regulação social marcada pela preocupação em satisfazer alguns interesses comuns. Dessa forma, buscou-se a realização de inúmeros outros fins de natureza sociopolítica, ambiental, preservação do direito de minorias, e promoção de outros valores políticos, sociais e culturais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 696).

No ultimo período, conhecido como desregulação ou re-regulação, constatou-se um excesso de regras contraditórias e ultrapassadas, que dificultava a realização dos valores tutelados. Assim, havia um excesso de regulação que impedia a obtenção dos melhores resultados. Isso motivou, em diversos países, uma reforma do Estado comprometida com uma regulação orientada para eliminação os pequenos obstáculos à tomada de decisões mais razoáveis e a criação de incentivos a pratica de soluções mais desejáveis. Nesse sentido, foi necessária a adoção de um modelo regulatório de Estado caracterizado pelo surgimento de entidades administrativas encarregadas de gestão setorial. Na lição de Justen Filho (2014, p. 696-7), essas entidades seriam as agências reguladoras independentes.

## **2.4 AS ESPÉCIES DE REGULAMENTO**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 347), o regulamento é “ato formal e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

Contudo, Aragão (2013, p. 415) destaca o caráter não exclusivo da competência normativa do Chefe do Poder Executivo, partindo da interpretação sistemática do art. 84, IV, da Constituição Federal, pois muitas vezes, a lei confere poder regulamentar ao titular de órgão ou entidade da Administração Pública, ou seja, autoridade distinta do Chefe do Executivo.

Passamos à análise das espécies de regulamentos existentes.

#### *2.4.1 REGULAMENTOS DE EXECUÇÃO*

Os regulamentos de execução instrumentalizam a execução das leis, com o detalhamento e explicitação de seus comandos, a interpretação de seus conceitos e a disposição de órgãos e procedimentos necessários para a aplicação da lei por parte do Poder Executivo. Dessa forma, os regulamentos de execução não podem inovar no ordenamento jurídico (MAURANO, 2006, p. 105).

Esses são tidos como os regulamentos clássicos.

#### *2.4.2 REGULAMENTOS AUTÔNOMOS*

Os regulamentos autônomos são editados diretamente pelo Poder Executivo devido à competência conferida diretamente pelo texto constitucional. O regulamento autônomo representa uma forma de partilha do poder normativo entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo (MAURANO, 2006, p. 105-6).

Como esse tipo de regulamento encontra suporte diretamente no texto constitucional, o Poder Executivo pode inovar na ordem jurídica apenas nos casos previstos expressamente no art. 84, VI:

##### Seção II

##### Das Atribuições do Presidente da República

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

#### *2.4.3 REGULAMENTOS DE EMERGÊNCIA*

Os regulamentos de emergência ou de necessidade são expedidos pelo Poder Executivo em situações excepcionais de calamidade, emergência ou necessidade, visando à adoção de providências urgentes cabíveis ao caso, mesmo que a matéria não esteja prevista, ou mesmo contrarie a lei (MAURANO, 2006, p. 107).



A Constituição Federal de 1988 não prevê a edição desse tipo de regulamento. Contudo, o Poder Executivo pode editar Medidas Provisórias com força de lei em casos de urgência e necessidade, nos termos do art. 62, da Constituição Federal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

#### *2.4.4 REGULAMENTOS AUTORIZADOS (OU POR DELEGAÇÃO)*

Os regulamentos autorizados, ou por delegação, serão mais bem detalhados no presente estudo. Esse tipo de regulamento é editado pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa atribuída em lei pelo Poder Legislativo para normatização de situações de fato extremamente mutantes ou excessivamente técnica ou politicamente complexa. Assim, a lei limita-se a fixar os princípios gerais de atuação que será seguido pela autoridade administrativa ao regulamentar a matéria (MAURANO, 2006, p. 108).

Os regulamentos delegados ou autorizados são aqueles editados pelo Executivo no exercício de competência atribuída pelo Legislativo, para desenvolvimento da lei e que agreguem algum elemento que inove no ordenamento jurídico (MAURANO, 2006, p. 124).

Sérgio Varella Bruna (2003, p. 140) afirma ser essencial que a lei que atribua competência normativa a autoridade administrativa determine as diretrizes de se exercício, e que prescreva ainda a natureza e os limites dos poderes conferidos, bem como a finalidade que deva ser atingida, para fixar os parâmetros de controle jurídico do exercício do poder delegado. Afirma, ainda, que delegação de poderes genéricos e ilimitados não é compatível com o sistema constitucional brasileiro.

Já alguns autores, entre eles Celso Antônio Bandeira de Mello e Luciano Ferreira Leite, defendem que em qualquer hipótese a delegação legislativa é inconstitucional e fere o princípio da separação dos poderes.

Para José Afonso da Silva (2005, p. 425-7), o exercício da função normativa subordinada não pode inovar na ordem jurídica, pois os limites da inovação situam-se na competência do Poder Legislativo. Dessa forma, ultrapassar os limites fixados na lei caracteriza abuso de poder e usurpação de competência tornando nulo o regulamento editado.

Por fim, Adriana Maurano (2006, p. 130) afirma que “o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Ele não pode inovar originariamente na ordem jurídica, e seu conteúdo deve estar em consonância com a lei regulamentada, que fixa as diretrizes gerais sobre a matéria a ser regulamentada”.

É a edição desses regulamentos que justificam o poder normativo das agências reguladoras.

## **2.5 O PODER NORMATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade está consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 e fundamenta-se na ideia de que o Poder Legislativo possui competência geral para legislar sobre matérias genericamente indicadas no texto constitucional, isto é, apenas o legislativo pode criar regras que inovem no ordenamento jurídico. Esse princípio foi pensado como uma forma de combater o poder arbitrário do Estado, pois apenas com respeito ao processo legislativo instituído é que se poderiam criar obrigações para os indivíduos e isso impediria, ainda, o privilégio de que o detentor do poder criasse normas ao seu capricho (MAURANO, 2006, p. 119-20).

Essa garantia deriva do fato de que o Poder Legislativo possui composição heterogênea e seu funcionamento possui mecanismos de discussão da matéria para que a lei não se torne uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, assim a vontade resultante refletiria a síntese de posições antagônica e pluralista de diversos setores da sociedade. Contudo, deve-se reconhecer que o princípio da legalidade possui uma reserva genérica ao Poder Legislativo que não exclui a atuação secundária de outros poderes. Assim, somente o Poder Legislativo pode impor deveres ou obrigações novas aos indivíduos, cabendo ao Executivo e Judiciário a atuação dentro dos parâmetros da lei (MAURANO, 2006, p. 121).

Entretanto, o princípio da legalidade possui duas dimensões: a primazia da lei e o princípio da reserva legal. O princípio da reserva legal determina a existência de lei formal, elaborada pelo Legislativo em consonância com o processo legislativo, para normatização de determinadas matérias estabelecidas no texto constitucional.

Fica claro que o princípio da legalidade é mais amplo do que o princípio da reserva legal. Segundo Adriana Maurano (2006, p. 122), enquanto o princípio da legalidade estabelece que a imposição de comportamento e a restrição de direitos há de ser estabelecida em uma das espécies normativas previstas no texto constitucional, o princípio da reserva legal, de forma mais restrita e diversa, fixa que algumas matérias especificadas na Constituição devem ser tratadas por legal em sentido forma.

Assim, pelo princípio da legalidade a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de matéria, e pelo princípio da reserva legal o texto

constitucional reserva determinados conteúdos, caso a caso, à lei (MAURANO, 2006, p. 124).

A correlação entre o Princípio da legalidade e o poder normativo da Administração Pública é um dos temas mais presentes nos debates atuais da Teoria Geral do Estado e do Direito Público. Um dos focos analisados é a necessidade de agilidade de adaptação às exigências mutáveis dos fenômenos financeiros e econômicos que levou a uma exigência de ampliação do poder de editar normas (ARAGÃO, 2013, P. 429-30).

Segundo Aragão (2013, p. 430), o reconhecimento do poder normativo das agências reguladoras pressupõe a definição do que entende atualmente por Estado de Direito, separação dos Poderes, princípio da legalidade e discricionariedade. A complexidade da matéria é somada a insistência de parte da doutrina brasileira de manter uma concepção mais tradicional, negando, em parte, a realidade do Estado contemporâneo conforme demonstrado acima.

Para Adriana Maurano (2006, p. 110-2), o modelo clássico de Estado foi pensado como uma forma de conter o poder absoluto do monarca e foi fundado na separação dos poderes e nos princípios da legalidade e da representação parlamentar. Contudo, ao longo do tempo e com o surgimento do modelo de democracia representativa o parlamento deixou de ser homogêneo, passando a ser recheado de lutas de classes e de conflito de interesses, deixando de dar conta das novas exigências econômicas manifestadas na sociedade.

Nesse sentido, o princípio da legalidade teve origem no Século XVIII na noção liberal de separação dos poderes e teve como principal objetivo prevenir a classe burguesa das medidas arbitrárias da realeza com o estabelecimento de um mecanismo que limitasse o poder estatal. Assim, as leis eram submetidas e aprovadas pelo parlamento e aos administradores e ao juiz incumbiria apenas à execução e aplicação das leis aprovadas (ARAGÃO, 2013, p. 430).

Com isso, o esquema clássico de separação dos poderes, concebido originariamente para ter uma prevalência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, passou a ser marcado por um gradativo crescimento das funções do Poder Executivo e isso gerou a necessidade de rompimento com as concepções tradicionais. Assim, algumas novas técnicas foram desenvolvidas para diminuir a exigência de legalidade estrita, conferindo-se gradativamente maior margem de liberdade para o Poder Executivo editar normas complementares às leis (MAURANO, 2006, p. 113-4).

Sábias são as palavras de Aragão (2013, p. 433) destacando que, historicamente, “a lei já foi a expressão da vontade de Deus, depois a vontade do príncipe. Atualmente, acreditamos que seja a expressão da soberania do povo”. Isso levou a

necessidade de desvendar o fenômeno da “lei do parlamento” de sua carga mítica, sem desmerecer os seus inegáveis méritos e a função estabilizadora social que desempenhou, para tratar a matéria com o necessário realismo.

Dessa forma, foi por essas razões que houve um alargamento do poder normativo do Chefe do Executivo e dos demais órgãos da Administração. Inicialmente, em um olhar superficial, de fato parece haver uma ruptura da teoria clássica de separação dos poderes. Entretanto, é preciso reconhecer que a concepção clássica nunca foi concebida como um dogma a ser seguido, mas como divisão de atribuições entre os poderes estatais que coibisse a concentração de poder (MAURANO, 2006, p. 115).

É preciso reconhecer também que mesmo na concepção clássica de separação de poderes não se deixou de reconhecer a competência do Poder Executivo em editar atos normativos no âmbito de seu poder regulamentar (MAURANO, 2006, p. 119).

Por fim, sob essa ótica, Aragão (2013, p. 438) defende que o poder normativo das agências reguladoras seja abordado sobre a perspectiva do Estado Democrático de Direito para permitir que o Estado atinja as suas funções primordiais sem sacrificar nenhum dos princípios constitucionais em especial o da legalidade e o da eficiência.

## **2.6 A ÁREA DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Segundo Aragão (2013, p. 416), a classificação as agências reguladoras de acordo com o seu objeto e a distinta natureza e regime jurídico dos diversos instrumentos de regulação estatal da economia, conforme atuem na regulação de serviços públicos, monopólios e atividades de interesse público, é fundamental para a análise dos reflexos e limites da natureza do poder normativo das agências.

Assim, torna-se necessária a análise das características do poder normativo das agências conforme sua área de atuação para posteriormente analisar os traços gerais do poder normativos de todas as agências (ARAGÃO, 2013, p. 417).

### **2.6.1 AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

As primeiras agências reguladoras foram criadas para regulação de serviços públicos após a sua delegação ao setor privado. Ainda hoje, a maioria das agências reguladoras no Brasil atua na regulação de serviços públicos.

A doutrina reconhece que o poder regulamentar incidente sobre os serviços públicos delegados é muito mais abrangente do que a regulação dos setores da economia não

publicizados. Isso ocorre porque os serviços delegados permanecem sob a titularidade pública.

Segundo Aragão (2013, p. 417), as agências reguladoras de serviços públicos possuem grande poder regulatório sobre os serviços públicos delegados. Esse poder abrange as relações entre a agência, as delegatárias e os usuários-consumidores.

As normas elaboradas pelas agências reguladoras possuem uma abrangência amplíssima para regulação de um mercado que não seria naturalmente concorrencial. Assim, esse poder não possui apenas um caráter de polícia administrativa, mas um poder interno de direção mediante a expedição de instruções, circulares e ordens concretas, da mesma forma que a Administração utilizaria com seus órgãos internos. Mediante esse poder tão amplo, a única garantia do agente regulado é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Na visão de Aragão, até mesmo as normas que fixam os critérios de cálculo e o próprio valor das tarifas são normas de caráter regulamentar. Contudo, a questão não é pacífica na doutrina (ARAGÃO, 2013, p. 418-9).

Contudo, ponderando a liberdade empresarial de gestão, que permanece mesmo em se tratando de serviços públicos, com o poder de fiscalização do Poder Concedente, Aragão (2013, p. 421) considera que as intervenções derivadas do poder tarifário não podem levar a um controle exaustivo de todas as receitas e despesas. A Administração deve fixar *standards*<sup>22</sup> técnicos e econômicos, valores objetivos, concretos, mínimos e possíveis de serem alcançados e que devem ser buscados pelos agentes regulados. Mas a decisão sobre planos de investimentos, contratações, financiamentos e outras de igual natureza devem permanecer sobre a discricionariedade empresarial. Nesse sentido, o Poder Público deve apenas fixar os objetivos que devem ser atingidos e as metas a serem alcançadas, mesmo que isso afete as decisões internas das delegatárias, penalizando os agentes regulados por eventual descumprimento, mas, inicialmente, não poderá interferir diretamente nos meios internos que a empresa pretende utilizar para alcançá-los.

São as leis<sup>23</sup> e as normas delas decorrentes (inclusive as expedidas pelas agências) que fixam os limites, mais ou menos amplos, em que o poder regulatório se desenvolverá. Assim, a agência reguladora não pode praticar atos concretos sem base

---

<sup>22</sup> A expressão “standards” é amplamente utilizada pela doutrina e teria o significado amplo de “padrões, limites etc”.

<sup>23</sup> Por exemplo, o art. 25, § 3º, da Lei nº 8.987/1995: “art. 25. **Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido**, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade. [...] § 3º A execução das atividades contratadas com terceiros **pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido**” (grifo nosso).

normativa específica e adequada que lhe garanta esse poder. Aragão (2013, p. 421) ensina que, se uma competência não foi expressamente conferida pela lei, nem com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação de concessão ou pelo contrato, o órgão não a tem.

Outro ponto de destaque é que o poder normativo referente às delegações de serviços públicos é que, como possui natureza contratual, muitas vezes é o próprio contrato e/ou edital de licitação que estabelece diretamente normas primárias, ou seja, criam obrigações, ou que remetem à agência reguladora a sua interpretação ou integração (ARAGÃO, 2013, p. 421).

Assim, é na execução dos objetivos legais e das finalidades traçadas por órgão central de fixação das políticas públicas do setor, que as agências reguladoras de serviços públicos editarão portarias e imporão obrigações editais e contratuais (ARAGÃO, 2013, p. 422).

A ANEEL é classificada como uma agência reguladora de serviços públicos e foi criada para regular o setor elétrico brasileiro, por meio da Lei nº 9.427/1996 e do Decreto nº 2.335/1997, iniciando suas atividades em dezembro de 1997. O poder normativo da ANEEL será estudado sobre esta vertente.

#### 2.6.2 AGÊNCIAS REGULADORAS DA EXPLORAÇÃO PRIVADA DE BENS E ATIVIDADES MONOPOLIZADAS

O que justifica o poder normativo das agências reguladoras na celebração dos contratos de concessão para a exploração de bens ou atividades monopolizadas pelo Estado reside no fato de que o Estado é o proprietário do bem monopolizado ou titular exclusivo da atividade monopolizada, e por essa razão pode estabelecer as condições contratuais que melhor lhe convenham, dentro do permissivo legal. Mesmo durante a execução do contrato, a atuação regulatória do Estado esta justificada para a integração e interpretação das cláusulas contratuais para adequação à dinâmica da realidade socioeconômica (ARAGÃO, 2013, p. 422-3).

Assim, a regulação deve ser desenvolvida nos limites da legislação relativa à atividade monopolizada, das suas normas regulamentadoras e das cláusulas do contrato de concessão. Por esse motivo, as agências reguladoras de exploração privada de bens e/ou atividades monopolizadas pelo Estado devem, ao elaborar os editais de licitação e contratos de concessão, atender aos objetivos e observar os limites que lhes são atribuídos pela respectiva lei setorial. Assim, ao estabelecer as normas editais e contratuais, a agência

sempre estará sujeita às normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes (ARAGÃO, 2013, p. 423-4).

Cabe destacar que muitas vezes é a própria lei<sup>24</sup> que remete a matéria à regulação da agência. Dessa forma, as agências possuem ampla margem de discricionariedade, não só para a emissão de normas gerais e abstratas, como para a fixação das cláusulas dos contratos de concessão, dos editais de licitação e dos termos de autorização, para determinar os meios para a realização dos fins estabelecidos na lei setorial e da Política Nacional do setor regulado (ARAGÃO, 2013, p. 424-5).

Contudo, as margens de normatização das agências serão menores nos casos em que a própria lei houver predeterminado os meios pelos quais deverão ser atingidos os objetivos nela fixados (ARAGÃO, 2013, p. 425).

Uma vez celebrada a concessão e assinado o contrato, a agência reguladora permanece com o poder de expedir normas genéricas e abstratas a respeito das atividades concedidas. Em regra, as normas deverão se desenvolver apenas no espaço de normatização ou integração deixado pelos próprios editais de licitação ou contratos de concessão para o preenchimento de lacunas, de remissões à regulamentação da própria agência ou mesmo com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados (ARAGÃO, 2013, p. 425).

Por outro lado, a polêmica reside no fato de a agência poder editar normas que contrariem o contrato de concessão. Segundo Aragão (2013, p. 426), a natureza privada das concessões em nada contraria este poder das agências reguladoras, que, entretanto, deve ser exercido com grande cautela e rígida observância do princípio da proporcionalidade, assegurada sempre a indenização ou recomposição da estrutura contratual. Este poder nada mais é do que a aplicação da Teoria Geral da Imprevisão por fato do príncipe ou fato da Administração.

---

<sup>24</sup> A Lei do Petróleo, Lei nº 9.478/1997, traz diversas previsões: Art. 8º **A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas** integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005) [...] III - **regular a execução de serviços** de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; V - **autorizar a prática das atividades** de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento; (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009); VI - **estabelecer critérios para o cálculo de tarifas** de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei; [...] XV - **regular e autorizar as atividades** relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. (griso nosso)

### *2.6.3 AGÊNCIAS REGULADORAS DE ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO*

As agências reguladoras de atividades de interesse público possuem poder normativo para a preservação e atendimento do interesse primário da coletividade, pois as atividades econômicas desenvolvidas são de interesse geral. Assim, as normas não podem interferir em assuntos internos dos agentes regulados, mesmo que para a suposta preservação do interesse público. Da mesma forma, as autorizações operativas não possuem natureza de concessão, pois a atividade desenvolvida não é de titularidade estatal (ARAGÃO, 2013, p. 426-7).

Segundo Aragão (2013, p. 428), um dos campos de grande relevância para a atuação das agências reguladoras é o da prestação de serviços particulares mediante a uma relação contratual relacional com os consumidores (por exemplo, contratos de planos de saúde e de previdência privada). Nas palavras do Autor, “os contratos relacionais distinguem-se dos contratos descontínuos à medida que se destinam a regular uma relação que perdura no tempo”. Assim, os consumidores são colocados em uma posição de assimetria de informações em relação aos prestadores de serviços. Isso justifica a atuação da entidade ou órgão regulador para controlar e/ou regular uma relação jurídica que se prolonga no tempo, diante da dificuldade muito grande de trazer para o presente todas as possíveis circunstâncias futuras que podem afetar o conteúdo da relação contratual. Os exemplos são trazidos por Aragão:

- a) Como controlar a qualidade, preço, tipo de informação, que estão envolvidos em um contrato de plano de saúde?
- b) Como saber se a qualidade do serviço continua a mesma ao longo do tempo?
- c) Como conciliar a inovação tecnológica com o conceito de adequação do serviço?
- d) Como saber o preço que será pago depois de cinco ou dez anos?

Por fim, diante do exposto, as agências reguladoras de atividades privadas de interesse público têm um amplo poder de normatização ao longo das atividades autorizadas para ajustá-las aos objetivos públicos do setor e às finalidades estatuídas na lei setorial e às diretrizes do órgão da Administração central competente (ARAGÃO, 2013, p. 429).

## **2.7 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Segundo Adriana Maurano (2006, p. 131-2), as agências reguladoras surgiram dentro de um contexto em que o Estado deixou de ser executor direto dos serviços



para ser regulador com o emprego de mecanismos de fomento e regulação de atividades de interesse público que passaram a ser executadas por particulares. Assim, as agências reguladoras exercem função normativa e fixam um conjunto de regras relativas à prestação do serviço público. Segundo a doutrina, os atos administrativos originados pelo poder normativo do Estado produzem efeitos gerais e abstratos, da mesma forma que a lei, mas não podem inovar no ordenamento jurídico.

A Autora destaca que há controvérsias na doutrina sobre os limites do poder normativo das agências reguladoras, questiona-se se os atos normativos expedidos conteriam a mesma limitação que os clássicos regulamentos administrativos. Segundo Adriana Maurano (2006, p. 132), as funções exercidas pelas agências afastam-se na noção clássica de poder regulamentar, que representa a produção de norma geral e abstrata para a execução de lei. Isso ocorre porque a regulamentação é estática, enquanto a regulação é dinâmica.

O maior questionamento da doutrina é referente à classificação dessa categoria de atos expedidos no exercício do poder regulatório, decorrentes do poder normativos das agências reguladoras, que formalmente tem o status de lei, mas não condizem com a concepção clássica de poder regulamentar. Parte da doutrina, como Carlos Ari Sundfeld, defende a capacidade normativa e regulatória das agências, pois os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor regulado e a efetividade da atuação estatal. A função regulatória é mais uma necessidade do que uma prerrogativa da Administração. Contudo, a constitucionalidade da lei que atribui o poder às agências depende do estabelecimento de *standards* suficientes, pois não pode ocorrer a delegação pura e simples da função legislativa (MAURANO, 2006, p. 133-4).

Dessa forma, o regulamento expedido pelas agências reguladoras nunca poderá contrariar a lei ainda que ocorra a criação de disposição normativa. Não pode, ainda, ocorrer a criação normativa de forma autônoma e inédita sem um prévio lastro normativo para a imposição de obrigação e deveres à coletividade. Outra justificativa para o poder normativo esta na relação existente entre o poder de polícia e o poder normativo. Isso ocorre porque o poder regulamentar em sentido lato é relativo à capacidade de expedição de normas que disciplinem a própria atuação, orientem e instruem os administrados submetidos a sua esfera de competência, e que restrinjam as atividades para atingir os objetivos previstos na lei (MAURANO, 2006, p. 136).

Aragão (2013, p. 456) justifica os largos poderes normativos atribuídos a órgãos ou entidades da Administração Pública. Segundo o Autor, “o Poder Legislativo, em face da complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos

políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico”.

Mesmo assim, parte da doutrina nega o poder normativo das agências reguladoras, com o argumento de que o nosso ordenamento jurídico não permite que a criação de obrigações, proibições e constrangimento aos administrados se faça por outro meio que não seja a lei. O argumento é que o exercício dessa função normativa pelas agências, em consonância com o texto constitucional, deveria se resumir a regular as relações entre os prestadores dos serviços públicos regulados e os usuários desses serviços, com todo o resto em reserva exclusiva de lei (MAURANO, 2006, p. 140).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 176-7) traz severas críticas ao poder normativo das agências reguladoras, pois o verdadeiro problema consiste em saber até onde podem regular algo sem estar, com isso, invadindo a competência legislativa. O consagrado administrativista afirma que “em linha de princípio, a resposta não é difícil”. Considerando-se o princípio constitucional da legalidade, com a consequente vedação de que atos inferiores inovem no ordenamento jurídico, as determinações normativas das agências reguladoras deverão estar restritas a aspectos estritamente técnicos autorizados em lei.

Segundo o Autor, as normas jamais poderão contrariar o que esteja estabelecido em alguma lei ou, ainda, de qualquer maneira distorcer o sentido do texto legal, principalmente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros. Igualmente, não poderão ferir princípios jurídicos acolhidos por nosso ordenamento. De forma bem incisiva, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 177) afirma que “desgraçadamente, pode-se prever que ditas ‘agências’ certamente exorbitarão seus poderes”. Continua afirmando que, “fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – invertidas dos mesmos poderes que as ‘agências’ norte-americanas possuem”. Segundo o Autor, isso é completamente descabido, pois o sistema jurídico pátrio possui estrutura e índole radicalmente diferente do Direito norte-americano.

Leila Cuéllar (2001, p. 142) justifica a função normativa das agências reguladoras com o argumento de que a competência regulamentar não é de exclusividade do chefe do Poder Executivo, e sim inerente à própria atividade reguladora estatal, estando descrita nas leis que instituíram as agências. Segundo Leila Cuéllar, o poder normativo, ou regulamentar, é um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, que não pode (i) inovar de forma absoluta, desde o início, na ordem jurídica; (ii) contrariar a lei e o direito; (iii)

desrespeitar o princípio da tipicidade; (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas; e (v) ter efeito retroativo”.

Mesmo com enorme divergência na doutrina, Adriana Maurano (2006, p. 147-8) destaca os posicionamentos favoráveis ao exercício da função normativa das agências reguladoras, resumindo-os da seguinte forma:

- a) as agências exercem função normativa por delegação legislativa;
- b) o que existe é a deslegalização ou delegação de matérias, em que ocorre a retirada de certa matéria do domínio da lei para passá-la ao domínio dos regulamentos;
- c) as agências baixam regulamentos autônomos;
- d) as agências baixam regulamentos executivos, com limite maior de abrangência;
- e) as agências exercem poder regulamentar delegado por lei.

Mesmo assim, a Autora destaca que existe uma grande incerteza quantos aos limites da função reguladora das agências, no que se refere à fixação de regras, decorrentes do fato de que essa função vem sendo atribuída a órgãos e entidades que não possuem poder normativo outorgado pelo texto constitucional. Isso leva a um conflito de consciência da necessidade de reconhecer poder normativo às agências reguladoras e o fato de que a Constituição Brasileira ter definido as competências normativas de forma exaustiva, não deixando espaço para outras entidades não expressamente referidas (MAURANO, 2006, p. 148).

De fato, é inegável que as agências reguladoras possuem amplo poder normativo e que as entidades já estão consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro. Diante de todas as posições favoráveis e de todas as críticas trazidas sobre o assunto, é essencial estudar os mecanismos de controle das agências reguladoras.

### **3 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Independentemente da pacificação da matéria na doutrina, o fato é que as agências reguladoras são uma fonte de produção permanente de políticas públicas e de normas abstratas e concretas. Assim, a concessão de tais poderes tem que ser acompanhada de instrumentos de controle e limitação. Diversos mecanismos podem, e devem ser adotados, mas o certo é que o desenvolvimento de instrumentos jurídicos formais para o controle político das funções regulatórias das agências reguladoras brasileiras é imprescindível (MAURANO, 2006, p. 148-50).

Segundo a lição de Justen Filho (2002, p. 584-5), a sistemática constitucional de separação dos poderes adotada pelo Brasil exige mecanismos de controle em todos os polos do poder político. A necessidade de autonomia do desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. O necessário controle da atuação das agências reguladoras não elimina sua autonomia, e sim assegura que os órgãos titulares de poder político e normativo não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição que é a realização do bem comum.

#### **3.1 O CONTROLE ADMINISTRATIVO**

Conforme esclarecido acima, as agências reguladoras integram a Administração Indireta do Poder Executivo do ente político que a criou e, ainda, que não há hierarquia entre as agências e os Ministérios, ou secretarias estaduais/municipais, as quais estão vinculadas. Contudo, existem diversos mecanismos de controle administrativo exercidos pelo Poder Executivo que criou a agência.

##### ***3.1.1 O CONTROLE PELO PODER DE DIREÇÃO***

A independência das agências reguladoras não dispensa alguns mecanismos de controle, que mesmo não podendo ser hierárquicos, derivam do poder de direção, gerenciais e finalísticos e ocorrem por meio da verificação do atendimento de metas e diretrizes políticas preestabelecidas. A autonomia não pode servir para isentar as agências reguladoras da obrigação de se enquadrarem nos planos e diretrizes públicas gerais, que deve ser entendida como a necessária subordinação (não hierárquica) dos órgãos e entidades materialmente descentralizados da Administração central (ARAGÃO, 2013, p. 380-1).

Aragão (2013, p. 381) esclarece a diferença entre direção e hierárquica

colacionando a célebre lição de Massimo Severo Giannini. A hierarquia prevê uma relação constante de sujeição de um órgão ou ente a outro. Há uma total possibilidade de ingerência do órgão superior sobre o inferior, que ocorre por meio da revogação ou anulação de seus atos, na delegação ou avocação de competências e, ainda, a previsão de recursos hierárquicos. Por outro lado, com o poder de direção, um centro de competências não pode dar ordens a outro, mas apenas fixar-lhe as diretrizes e controlar-lhe os resultados, verificando o atingimento ou não das metas estabelecidas. Assim, o poder de direção não permite a substituição, revogação, avocação ou delegação obrigatória. Há a previsão de anulação, excepcionalmente, com o exercício do poder de tutela.

### *3.1.2 O CONTROLE EXERCIDO POR MEIO DE CONTRATO DE GESTÃO*

Outro mecanismo de controle administrativo é a previsão legal de assinatura de contrato de gestão entre a agência reguladora e o Ministério ao qual está vinculada.

Nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.637/1998, contrato de gestão é “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” da Lei<sup>25</sup>.

Aragão (2013, p. 385-6) destaca que, paradoxalmente, os contratos de gestão geralmente servem para ampliar a autonomia dos órgãos e entidades da Administração Pública, enquanto que representam um mecanismo de controle para as agências reguladoras.

Diante desse mecanismo de controle, o descumprimento injustificado de previsão expressa no contrato de gestão constitui justa causa para a exoneração do dirigente da agência reguladora, mesmo que eles tenham mandato por prazo determinado, com a necessária observação do contraditório, ampla defesa e a proporcionalidade sancionatória (ARAGÃO, 2013, p. 383).

No caso da ANEEL, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência, determina que sua administração seja objeto de Contrato de Gestão, que deve ser negociado e celebrado entre a sua Diretoria Colegiada e o Ministério de Minas e Energia (MME). O contrato é um instrumento de controle da atuação administrativa da

---

<sup>25</sup> Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Autarquia e parâmetro para avaliação do desempenho institucional, além de ser um elemento integrante da Prestação de Contas Anual da Agência.

O atual Contrato de Gestão celebrado e em vigor possui em seu Anexo I as Metas Anuais pactuadas a partir do ano de 2013 e tem vigência até 31 de dezembro de 2016. As metas estão relacionadas aos desafios e objetivos a serem alcançados pela ANEEL para o período fixado. As metas físicas serão definidas a cada ano para o exercício seguinte, passíveis de ajuste mediante revisão do Anexo I, por instrumento firmado pelas partes. O Contrato de Gestão está disponível no sítio eletrônico da ANEEL na internet<sup>26</sup>.

### 3.1.3 O CONTROLE E COORDENAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS E SETORES REGULADOS

A grande setorização dos centros estatais de poder torna inevitável a necessidade de criação de mecanismo de coordenação entre os órgãos e entidades governamentais para evitar, ou mesmo diminuir, os conflitos positivos e negativos de competências e permitindo a otimização de conjunto de suas atuações (ARAGÃO, 2013, p. 388).

Segundo Aragão (2013, p. 389), a solução ideal seria os órgãos e entidades cujas competências tenham potenciais pontos de atrito expedir os atos normativos de maneira conjunta e celebrarem os convênios necessários para a prevenção e solução de conflitos. Assim, caso o conflito se revele inevitável, a solução no âmbito administrativo será determinada pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Presidente da República<sup>27</sup>.

No caso do setor elétrico brasileiro, os Decretos nº 4.970/2004, e nº. 4.932/2003 e a Resolução Normativa ANEEL nº 116/2004 determinam a competência da ANEEL para registrar, analisar e aprovar os estudos de inventário e de viabilidade e projetos básicos dos aproveitamentos hidrelétricos do país.

Assim, depois de concluídos os estudos de inventário, a ANEEL concede registro para início dos estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento. Paralelamente, ocorrem também os estudos socioambientais e o processo de licenciamento

<sup>26</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Ações e Programas*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=5>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

<sup>27</sup> Conforme determinação legal contida nos incisos X e XI do art. 4º e no art. 40 da Lei Complementar nº 73/1993: “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;” e “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.”

ambiental. Cabe ao empreendedor obter a Licença Prévia (LP) junto aos órgãos ambientais, Ibama ou entidades estaduais. Também é necessária a Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH), obtida junto aos órgãos gestores de recursos hídricos, ANA ou instituições estaduais. Além disso, é do MME a competência para considerar o empreendimento apto a ser licitado e definir o tipo de leilão pelo qual será negociada a concessão e também vendida a energia. Essas diretrizes irão constar em portaria ministerial.

Por fim, cabe à ANEEL propor a minuta de edital de licitação, de acordo com as diretrizes definidas pelo MME, como a definição do dia do leilão, as formas de contratação da energia a ser ofertada e a data de entrada em operação da usina<sup>28</sup>.

Dessa forma, diante da complexidade da questão, da quantidade de órgãos e entidades públicas de esfera municipal, estadual e federal envolvidos e ainda devido a grande importância de atuação célere no desenvolvimento dos trabalhos para o setor elétrico do país, é de extrema importância a atuação integradas dos agentes estatais envolvidos.

Contudo, diante da complexidade do assunto, e mesmo com uma possível decisão administrativa acerca do conflito de competências entre os envolvidos, ainda que chancelada pelo Presidente da República, a agência reguladora pode pleitear judicialmente a preservação de sua autonomia e competência (ARAGÃO, 2013, p. 389).

### *3.1.4 O CONTROLE POR FIXAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS*

As agências reguladoras devem observar as políticas públicas fixadas na Constituição Federal, as políticas e diretrizes traçadas nas respectivas leis setoriais de seu campo de atuação e também devem atender as políticas do Governo para o setor regulado (ARAGÃO, 2013, p. 390).

Contudo, o fato de as agências reguladoras estarem submetidas às políticas públicas traçadas pela Administração central não compromete a autonomia nem a existência de competências próprias. Isso se deve ao conceito próprio de políticas públicas, que exige uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, pois política pública e a sua implementação funcionam sempre de forma circular e retro operativa (ARAGÃO, 2013, p. 391).

No que se refere ao setor elétrico brasileiro, compete à ANEEL a implementação de políticas e diretrizes do Governo Federal, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.427/1996:

---

<sup>28</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Hot Site: Belo Monte*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=671>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

### 3.1.5 O CONTROLE POR MEIO DO POLÊMICO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO

Outro ponto relevante para esclarecer o controle administrativo exercido sobre as agências reguladoras é a ausência de recursos hierárquicos impróprios, isto é, a possibilidade de revisão da decisão adotada pela agência por parte da Administração central, seja pelo Conselho de políticas públicas do setor, pelo Ministro competente ou pelo Chefe do Poder executivo (ARAGÃO, 2013, p. 372).

O primeiro ponto a ser destacado, é a ausência de previsão legal expressa para existência desse tipo de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. O segundo ponto de destaque é que a admissão desse tipo de recursos inviabilizaria todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras. O espírito da disciplina para essas entidades é justamente a preocupação de afastá-las das interferências político-eleitorais fugazes e casuísticas, que restaria completamente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudessem a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade (ARAGÃO, 2013, p. 372-4).

Contudo, o polêmico Parecer Normativo nº AC – 051<sup>29</sup> trouxe a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agências supostamente ultrapassar o limite das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração central. Assim, no entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU), quando uma agência supostamente viola ou formula políticas públicas, estaria agindo fora de suas competências, sendo cabível, portanto, a atuação ministerial revogando ou anulando os seus atos (ARAGÃO, 2013, p. 393).

Esse posicionamento da AGU é controverso porque o Parecer Normativo coloca em xeque a própria existência das agências reguladoras no Brasil como entidades independentes. Vejamos o teor da polêmica manifestação jurídica da AGU<sup>30</sup>:

I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170).

<sup>29</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República: atos correlacionados: pareceres*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/191254](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/191254)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

<sup>30</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Atos AGU*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>>. Acesso em: 6 mar. 2015.



II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, **inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras** referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. (grifo nosso)

Não há dúvidas de que as agências reguladoras devem observar as políticas públicas estabelecidas na Constituição, nas respectivas leis setoriais e nos instrumentos do Poder Executivo central legalmente especificados, conforme esclarecido anteriormente. Contudo, nos termos em que foi lavrado, o Parecer Normativo funciona como uma carta branca em favor do Poder Executivo central para intervir nas agências reguladoras sempre que julgar que houve uma suposta violação a uma política pública, cabendo a AGU, órgão vinculado ao próprio Executivo central, o papel de juiz supremo deste conflito em âmbito administrativo (ARAGÃO, 2013, p. 394).

Aragão (2013, p. 394) alerta que, ao prevalecer o entendimento adotado no Parecer Normativo, a definição do que sejam políticas públicas, essencial para apreciar sua suposta violação, será realizada casuisticamente, muitas vezes com base em juízos atécnicos ou até mesmo determinada por interesses políticos e arbitrários, causando uma enorme e injustificada insegurança jurídica, bem como o desvirtuamento de arcabouço institucional das agências reguladoras.

Além disso, os mecanismos para o exercício da tutela sobre as entidades da Administração Indireta devem ser, de acordo com o entendimento dominante na doutrina, restritos às hipóteses previstas expressamente em lei. Não podendo, dessa forma, ser respaldados na simples e genérica alegação de supervisão ministerial construída por um ato da AGU (ARAGÃO, 2013, p. 395).

Igualmente, o Parecer Normativo viola a Constituição por duas razões. Do ponto de vista constitucional, o Parecer Normativo iguala os órgãos e entidades da Administração Direita e Indireta ao prever a ampla e subjetiva possibilidade de intervenção ministerial, por recurso e de ofício, sobre as decisões das agências reguladoras, equiparação que nem o Decreto-lei nº 200/1967 faz. Aragão também se posiciona pela inconstitucionalidade do parecer-normativo por violar os princípios constitucionais da eficiência, economicidade e celeridade processuais. Isso ocorre porque na prática cria-se, ou não a depender da casuística empregada, mais duas instancias recursais no julgamento dos processos administrativos, a saber, os Ministérios ou o Presidente da República, e, ainda, a AGU, o que torna os processos ainda mais longos, caros e menos efetivos (ARAGÃO, 2013, p. 396).

O recurso hierárquico impróprio também não está intrínseco com a ideia de presidencialismo, com fundamentação no art. 170<sup>31</sup>, do Decreto-lei nº 200/1967, pois o Presidente da República não está autorizado a agir como bem entender, ao arrepio da Constituição Federal e da legislação ordinária, sobre todas as entidades da Administração Indireta, que são dotadas de personalidade jurídica própria e, portanto, protegidas pelo princípio da legalidade fixado no art. 5º, II, da CF (ARAGÃO, 2013, p. 397).

Aragão (2013, p. 398-9) se posiciona de forma contundente contra a constitucionalidade do Parecer Normativo nº AC – 051 e afirma que não há nenhuma possibilidade de haver recursos hierárquicos impróprios para o ente central. Esse também é o posicionamento de Justen Filho (2014, p. 700), afirmando que os atos das agências reguladoras independentes não se sujeitam à revisão por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas pelo Poder Judiciário.

Por fim, na Visão de Justen Filho (2014, p. 700), se a autoridade central tiver o poder de avaliar os limites da competência da agência reguladora isso acarretará a extinção do ente regulador. Dessa forma, se a autoridade central, ou qualquer pessoa, entender que a agência reguladora atuou fora dos limites da competência atribuída legislativamente, a única solução reside em recorrer ao Poder Judiciário para questionar o ato.

### *3.1.6 O CONTROLE EXERCIDO PELA PRÓPRIA AGÊNCIA REGULADORA*

O controle administrativo inicial ocorre no âmbito das próprias agências reguladoras por meio das diretorias colegiadas, tendo em vista que os diretores são nomeados com mandatos fixos e com responsabilidade para esse fim (MAURANO, 2006, p. 150).

Segundo Aragão (2013, p. 365), o modelo adotado em relação a todas as agências reguladoras federais, estaduais e municipais determinou que a nomeação de seus dirigentes ocorra por período determinado e mediante procedimento especial, com prévia aprovação das indicações pelo Poder Legislativo e a proibição de livre exoneração. As restrições relativas ao poder de livre nomeação e exoneração dos dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>32</sup>.

A investidura dos dirigentes por prazo certo visa garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, permitindo que seus titulares, protegidos contra injunções do momento, possam dar plena execução à política

---

<sup>31</sup> Art. 170. O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

<sup>32</sup> Julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0.

adotada pelo Poder Legislativo, que instituiu uma entidade autônoma e independente exoneração (ARAGÃO, 2013, p. 369).

Por mais que das decisões proferidas pelas agências reguladoras não caibam mais nenhum tipo de recurso na esfera administrativa<sup>33</sup>, as agências federais, via de regra, são estruturadas com diretorias e superintendências e isso permite que da decisão tomada pela superintendência caiba recurso para a diretoria da agência, assim os recursos estão sujeitos a um duplo grau de jurisdição. Por fim, as decisões proferidas em âmbito administrativo estão sempre sujeitas à análise e possível revisão judicial, conforme tratado no item 3.5 infra (MAURANO, 2006, p. 150-1).

### **3.2 O CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO**

O grau de autonomia das agências reguladoras não impede a fiscalização e controle dos atos expedidos no exercício da função normativa que, por previsão constitucional constante nos incisos V e X da Carta de 1988<sup>34</sup>, pode ser realizado pelo Poder Legislativo. Esse controle não fere a teoria da separação dos poderes. Pelo contrário, até reforça o mecanismo de freio e contrapesos adotado pelo texto constitucional (MAURANO, 2006, p. 151-2).

Na lição de Aragão (2013, p. 358), as agências reguladoras possuem pouca autonomia frente à atuação do Poder Legislativo. Isso ocorre porque há sempre a possibilidade de interferência do legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora ou mesmo até para extingui-la.

Aragão (2013, p. 359-60) defende que a previsão de determinada agência reguladora no texto constitucional não impede que o legislador venha a extingui-la. Contudo, para a preservação da independência a agência, não pode ocorrer a extinção ou mesmo o aumento ou diminuição do número de dirigentes pura e simplesmente em razão de a criação ou a nomeação ter ocorrido pelo governante anterior.

Contudo, a previsão do art. 61, § 1º, e, deve ser observada, pois a iniciativa do projeto de lei para criação de agências reguladoras é do Presidente da República. Aragão destaca dois casos emblemáticos ocorridos na criação da ANTT e da ANTAQ e, também, na

---

<sup>33</sup> Adotando a posição de inexistência de recurso hierárquico impróprio, mesmo com o controverso posicionamento da AGU firmado no Parecer Normativo nº AC – 051.

<sup>34</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

mudança do regime jurídico da CVM. A polêmica ocorreu devido às emendas parlamentares aos projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República. A questão suscitou divergências, Aragão defende que uma coisa é o Poder Legislativo ter o poder de emendar um projeto de lei que foi encaminhado pelo Chefe do Poder Executivo, outra coisa é o Legislativo iniciar um processo legislativo em matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Nos dois casos, após acalorado debate na doutrina, a questão foi solucionada com edição de medidas provisórias por parte do Presidente da República<sup>35</sup>.

### 3.2.1 O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Um importante mecanismo de controle do poder normativo das agências reguladoras é a previsão constitucional para que o Poder Legislativo fiscalize todos os aspectos de sua atuação (CF, art. 49, X) e a atribuição de sustar os seus atos normativos que não atenderem aos parâmetros e objetivos estabelecidos em lei (CF, art. 49, V):

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

[...]

A doutrina reconhece que o poder regulamentar incidente sobre os serviços públicos delegados é muito mais abrangente do que a regulação dos setores da economia não publicizados. Isso ocorre porque os serviços delegados permanecem sob a titularidade pública. Segundo Aragão (2013, p. 417), as agências reguladoras de serviços públicos possuem grande poder regulatório sobre os serviços públicos delegados. Esse poder abrange as relações entre a agência, as delegatárias e os usuários-consumidores.

### 3.2.2 O CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas possui competência constitucional para fiscalização contábil, financeira e orçamentária das agências reguladoras e para analisar a legalidade, a

---

<sup>35</sup> A Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001, alterou a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Já em relação a CVM, a Medida Provisória 08/01 saneou eventuais vícios de iniciativa.

legitimidade e a economicidade dos atos emanados, conforme a previsão do art. 70 da Constituição Federal (MAURANO, 2006, p. 152-3):

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Segundo Aragão (2013, p. 363), não há dúvidas de que as agências reguladoras devem prestar contas das verbas públicas por elas despendidas. Contudo, há controvérsia sobre a legitimidade do controle exercido sobre as atividades-fim das agências reguladoras, ou seja, se os Tribunais de Contas podem controlar os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados.

Para Luís Roberto Barroso (2002, p. 129-30), os Tribunais de Conta não tem competência para examinar os atos das agências reguladoras que não impliquem em dispêndio de recursos públicos. Segundo o Autor, há limite para o poder de ingerência dos Tribunais de Conta, pois não há rigorosamente nada no texto constitucional que autorize a investigação do mérito das decisões das agências reguladoras. Assim, “o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes”. Por isso, “não pode o Tribunal de Contas questionar as decisões político-administrativas da ASEP-RJ<sup>36</sup> nem tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela Agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual”.

Para Aragão (2013, p. 364), o Tribunal de Contas pode exercer controle sobre os atos de regulação das agências reguladoras, uma vez que, forma mediata ou imediata, os atos de regulação e fiscalização se refletem sobre o erário.

Adriana Maurano (2006, p. 154) vai além e defende que o controle exercido pelos Tribunais de Contas não se restringe ao aspecto jurídico-formal. Deve, ainda, buscar a verificação dos resultados alcançados pelas agências no desenvolvimento de sua missão constitucional. Assim, o Tribunal de Contas deve verificar se as agências atuam de forma eficiente.

---

<sup>36</sup> A ASEP RJ foi extinta no dia 25 de junho de 2005, por força da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.555/2005, que criou a AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

Além disso, os cidadãos possuem o direito de representação perante os tribunais de contas para impedir que as agências exorbitem as suas atribuições e incorram em ilegalidades e arbitrariedades por previsão do art. 74, § 2º, do texto constitucional (MAURANO, 2006, p. 153).

### **3.4 O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A atuação do Ministério Público como fiscal da lei permite o desempenho de um papel importante na fiscalização das agências reguladoras, especialmente devido ao fato de que o *Parquet* é o titular da competência para proposição da ação popular e ação civil pública (MAURANO, 2006, p. 154).

As agências reguladoras estão sujeitas ao controle exercido pelo Ministério Público por força dos comandos constitucionais contidos no art. 127 da Carta de 1988, os quais atribuíram ao Parquet competência para a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, O Ministério Público tem competência para averiguar a legalidade e legitimidade das decisões e atos normativos emanados das agências reguladoras, seja por meio do pedido de esclarecimentos, com proposta de termos de ajustamento de confuta ou mesmo com a propositura de ações judiciais (MEZEZELLO, 2002, p. 78).

### **3.5 O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO**

A independência das agências reguladoras não prevalece em relação ao Poder Judiciário, pois o ordenamento jurídico brasileiro adota a unidade de jurisdição, conforme previsto no at. 5º, XXXV, da CF (ARAGÃO, 2013, p. 375):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Dessa forma, o Poder Judiciário pode ser provocado para o exercício de controle jurisdicional sobre a legalidade ou a constitucionalidade dos atos emanados das agências reguladoras no exercício de sua função normativa. O controle jurisdicional não representa violação do princípio da separação dos poderes quando realizado para invalidar atos defeituosos e ilegais. O que não é permitido é que o Poder Judiciário adentre no mérito

administrativo ou produza uma norma geral e abstrata em substituição à editada invalidamente pela agência (MAURANO, 2006, p. 156).

Isso ocorre devido ao caráter técnico dos atos e decisões emanados pelas agências reguladoras. Assim, o Poder Judiciário acaba não tendo grande ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição de Estado de Direito, aos aspectos formais e materiais dos procedimentos que devem respeitar o devido processo legal, a participação direta ou indireta dos interessados no objeto da regulação, além da manutenção da razoabilidade e proporcionalidade das decisões da agência reguladora (ARAGÃO, 2013, p. 376-7).

Contudo, é relevante analisar se o controle jurisdicional sobre as decisões regulatórias ou mesmo sobre as omissões da agência pode levar, não apenas à anulação, mas a substituição da decisão da agência reguladora pela decisão judicial. Segundo Aragão (2013, p. 378-9), apesar de grande divergência na doutrina, é possível que ao Poder Judiciário suprir – em caso de omissão –, ou substituir – no caso da anulação – o exercício da atividade discricionária da agência reguladora nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, em análise dos dados normativos e dos fatos disponíveis, se possa extrair uma, e apenas uma, solução legítima.

### **3.6 PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE CONTROLE**

Adriana Maurano (2006, p. 156) reconhece que algumas agências reguladoras criadas no Brasil possuem uma série de mecanismos para garantir a participação popular em seus processos decisórios, em especial em seu processo normativo. Os principais mecanismos são as consultas públicas, as audiências públicas e o conselho consultivo, que permitem aos administrados a participação na deliberação, execução e controle das atividades desenvolvidas na agência reguladora.

Assim, a participação popular é uma forma de controle que permite aos diversos seguimentos da sociedade o acompanhamento da regularidade da gestão e a satisfação da atuação da agência no cumprimento de seus fins (MAURANO, 2006, p. 157).

Por outro lado, um dos pontos mais tormentosos dos amplos poderes das agências reguladoras, principalmente os de natureza normativa, é o seu déficit democrático. Pode ocorrer que os dirigentes sejam nomeados pelo Presidente da República anterior e o novo presidente eleito não tenha mecanismos para implementar a sua nova orientação política (ARAGÃO, 2013, p. 465).

Nesse sentido, os mecanismos de participação popular são ainda mais relevantes, uma vez que a maior parte das leis que instituíram as agências reguladoras fixou a necessidade de realização de consultas e/ou audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras.

No setor elétrico, esse é o comando do art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/1996 que estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões da ANEEL que possam afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico brasileiro ou dos consumidores devem ser precedidas de audiência pública.

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

[...]

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Carvalho Filho (2014, p. 996) faz a distinção entre as audiências e as consultas públicas, que apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem. Na consulta pública, a administração deseja consultar a opinião pública por meio de manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. Já a audiência pública é a modalidade de consulta realizada por meio de debates orais em sessão previamente designada para esse fim.

Aragão (2013, p. 472) destaca que essas exigências procedimentais não são mera formalidade, pois constituem requisito de validade dos atos e normas editadas, sob pena de invalidade da norma expedida pela agência reguladora sem a observação do requisito estabelecido.

As agências reguladoras foram criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, e não faz sentido que eles sejam neutralizadas em relação ao poder político e deixadas à livre influência econômica dos poderosos interesses regulados. Trata-se da denominada “captura”, sempre colocada, sobretudo nos Estados Unidos da América, como um dos maiores riscos das agências reguladoras independentes (ARAGÃO, 2013, p. 400).

A questão é delicada, pois os grupos de interesse tendem a tentar capturar as agências reguladoras. Assim, as agências reguladoras nem sempre estariam destinadas a proteger o público, e sim uma velada defesa e proteção para os empresários do setor, e ao mesmo tempo, a introdução de barreiras de entrada para os que estão de fora. Esse quadro



ainda é agravado pela necessidade constante de que as agências reguladoras obtenham informações dos setores regulados e pelo fato destes, com o passar do tempo, possuírem maior interesse na agência que os consumidores ou o Poder Público (NUSDEO, 1995, p. 94-5).

## **4 O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO**

### **4.1 O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA NO SETOR ELÉTRICO**

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída pela Lei nº 9.427/1996, após uma série de reestruturações efetuadas no setor elétrico pelas Leis nº 8.031/1990, nº 8.631/1993, nº 9.074/1995 e pelos Decretos nº 1.717/1995 e nº 2.003/1996. A Lei que criou a Agência foi regulamentada pelo Decreto nº 2.335/1997, e o Regimento Interno da ANEEL foi aprovado pela Portaria MME nº 349/1997 (ARAGÃO, 2013, p. 281).

Nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 9.427/1996, à ANEEL compete o exercício de algumas funções relativas ao Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica e, mediante delegação expressa do MME, e sempre de acordo com as diretrizes fixadas, outorgar concessões e permissões de serviços de energia elétrica (ARAGÃO, 2013, p. 281-2).

A ANEEL, autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, iniciou suas atividades em dezembro de 1997, tendo como principais atribuições: a) regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; b) fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e os serviços de energia elétrica; c) implementar as políticas e diretrizes do governo federal relativas à exploração da energia elétrica e ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos; d) estabelecer tarifas; e) mediar, na esfera administrativa, os conflitos entre os agentes e entre esses agentes e os consumidores; f) por delegação do Governo Federal, promover as atividades relativas às outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica<sup>37</sup>.

Após a crise do setor elétrico brasileiro, ocorrida entre 2001 e 2002, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.163, de 31 de julho de 2004, estabeleceu um novo marco para o setor elétrico brasileiro. Dentre as diversas medidas estabelecidas, houve uma considerável redução da autonomia e independência da ANEEL, pois sua atuação em vários aspectos passou a ser vinculada a decisões do MME. A justificativa apresentada para essa redução seria a transformação da ANEEL em um órgão de

---

<sup>37</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=636&idPerfil=3>> Acesso em: 6 mar. 2015.

execução das decisões do Poder Concedente, o que alterou consideravelmente o caráter originalmente conferido à Agência (ARAGÃO, 2013, p. 282-3).

Além disso, é necessário o estudo mais aprofundo do controle judicial exercido sobre o poder normativo da ANEEL para uma análise mais detalhada da insegurança jurídica no setor elétrico.

#### **4.2 O CONTROLE JUDICIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DO SETOR ELÉTRICO**

A garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição oportuniza ao administrado o direito de impugnar atos da Administração Pública que afetem a sua esfera de direitos. O efetivo acesso à jurisdição tem se tornado uma realidade mais próxima para uma parcela cada vez maior da população brasileira após a implantação dos Juizados Especiais Federais, nos quais é possível a impugnação individualizada de atos da Administração Pública federal, inclusive, no ponto que nos interessa, das agências reguladoras (ARAUJO, 2013, p. 137).

Esse fenômeno de acesso à jurisdição também tem reflexo sobre as agências reguladoras, pois seus atos normativos atingem um universo muito amplo e difuso de indivíduos. Devido à dinâmica e complexidade do setor de energia elétrica no Brasil, os atos normativos da ANEEL têm se multiplicado em número cada vez maior, afetando a vida cotidiana no cidadão brasileiro. Fazendo um comparativo entre o número de atos normativos expedidos anualmente por todas as agências reguladoras federais no Brasil, esse número já supera o número de leis editadas pelo Congresso Nacional, aumentando cada vez mais a necessidade de controle dos atos expedidos (ARAUJO, 2013, p. 137).

Devido à falta de um controle técnico por parte dos Poderes Executivos e Legislativo, conforme discutido nos itens 3.1 e 3.2, supra, o Poder Judiciário ainda goza de bastante prestígio junto à sociedade justamente devido principalmente à qualificação técnica e neutralidade política de seus integrantes, remanescendo como último mecanismo de controle dos atos normativos das agências reguladoras (ARAUJO, 2013, p. 138).

Contudo, é preciso analisar se, de fato, a impugnação dos atos das agências reguladoras representa o exercício efetivo do controle da atividade normativa dessas entidades regulatórias (ARAUJO, 2013, p. 138).

#### 4.1.1 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

Para verificar a efetividade e adequação do controle que o Poder Judiciário exerce sobre a atividade normativa das agências reguladoras, e se esse controle leva a uma insegurança jurídica no setor regulado, é necessária a análise do controle judicial realizada no direito comparado.

Araujo (2013, p. 140-1) informa que a observação do controle judicial realizado pelos países integrantes do sistema de *commow law*<sup>38</sup> mostra que o mecanismo não é o mais adequado, pois, em regra, visa a impugnação individualizada da aplicação concreta de atos normativos por juízes que, por não terem conhecimento profundo de setor regulado e de sua dimensão normativo-regulatória, costumam devotar deferência às decisões tomadas pelas agências reguladoras, dificilmente as revendo.

Por outro lado, o controle exercido nos sistemas jurídicos da Europa continental apresenta uma diferença significativa em relação ao exercido nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. Os países que adotam o sistema do contencioso administrativo permitem uma possibilidade de controle de legalidade, com efeito *erga omnes* e vinculantes, das norma infralegais (ARAUJO, 2013, p. 141). Assim, em razão desses países adotarem o sistema do contencioso administrativo, os juízes que apreciarão a matéria posta sob exame, apesar de por vezes não ser especialistas, certamente estarão mais inteirados sobre as demandas relacionadas a regulação de um modo geral (ARAUJO, 2013, p. 147).

#### 4.1.2 CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO CONTROLE JUDICIAL REALIZADOS SOBRE OS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existem muitos posicionamentos na doutrina sobre a necessidade do controle judicial dos atos das agências como forma de se buscar eliminar sua irresponsabilidade e, ainda, lhes conferir legitimidade democrática. Contudo, também existem muitas reservas sobre a insegurança jurídica que esse controle suscita (ARAUJO, 2013, p. 147).

Os críticos afirmam que o controle judicial é incompleto por mirar apenas

---

<sup>38</sup> Sistema de regras jurídicas que impera na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e demais países que as adotaram em razão da colonização ou recepção (ACQUAVIVA, 1988, p. 111. v. 2.). Contudo, Fraga (2012) afirma que é impossível se referir a *common law* como uma categoria estática ou um grupo unificado, como já ressaltado anteriormente cada país criou seu *common law*, e dentre tais países observa-se grande divergência com relação à importância das fontes, ao caráter vinculativo dos precedentes, sem falar dos procedimentos.

aspectos de conformidade à lei, enquanto o poder normativo das agências reguladoras é bem mais amplo, no qual os agentes regulados possuem bastante influência em sua formação, conforme a exigência de audiências públicas e consultas públicas previstas em lei. Assim, há um destaque para os efeitos maléficos da suspensão cautelar de uma norma regulatória, impedindo a produção de seus efeitos por um longo período de tempo, mesmo após uma ampla e longa discussão entre todos os agentes envolvidos, com a participação da sociedade, para a elaboração da norma. É inquestionável que essa suspensão cautelar provoca uma instabilidade da regulação e um vácuo normativo (ARAUJO, 2013, p. 147-8).

Dois problemas são levantados sobre a questão. Primeiro, que a regulação deve ser estável a ponto de os agentes poderem confiar nela com segurança, sem o risco de alterações bruscas, assim como a necessidade de uniformidade para todos os agentes de um mesmo setor, os quais, às vezes, concorrem entre si. Segundo, devido à escassa familiaridade dos membros do Poder Judiciário com a complexidade fática e jurídica dos diversos setores econômicos regulados pelas agências (ARAUJO, 2013, p. 147).

Nesse ponto, apesar de os juízes conhecerem as leis, lhes falta um conhecimento técnico específico sobre o setor econômico regulado. No caso do sistema elétrico, pode ser necessário um vasto conhecimento nos ramos da engenharia, economia, meio ambiente, dentre outros.

Araujo traz a visão de La Spina e Majone (2000 apud ARAUJO, 2013, p.149-50), que visualizam quatro modalidades do exercício de controle judicial:

“Em primeiro, se o controle judiciário é superficial, o máximo de independência das agências corresponderá ao mínimo de controle.

Em segundo, se o controle judicial é amplo, mas os juízes conhecem apenas vícios formais, haverá controle sobre as agências, mas não sobre o mérito técnico das decisões.

Em terceiro, se o juiz tende a sobrepor o próprio entendimento a respeito da matéria sobre o das agências, este seu entendimento está desprovido de conhecimento específico sobre a matéria e pode conduzir a situações indesejadas.

Em quarto, um controle eficaz seria realizado por juízes especialistas e não inclinados a invadir áreas de competências das agências. Nessa hipótese, uma redução da liberdade das agências corresponderia efetivamente ao aumento de sua responsabilidade, inclusive quanto ao conteúdo das normas.”

Além disso, a revisão judicial dos atos normativos pode prolongar demais o processo regulatório, o longo tempo acaba prejudicando o processo de tomada de decisão no âmbito administrativo. O fator tempo é um aspecto muito delicado para a atuação das agências reguladoras, pois o tempo de mercado, ou o tempo concorrencial, exige muita agilidade na formulação e implementação de medidas no âmbito do mercado regulado (USP, 2010, p. 37-8).

Em estudo do assunto, a Equipe da USP (2010, p. 8) considerou que:

“A intervenção judicial constante pode ser um sério entrave a esse *desideratum*, porém a ausência de intervenção pode levar a uma atuação arbitrária das Agências, sem observância ao devido processo legal e que respeite a igualdade de oportunidades para os atores do mercado e sem o respaldo de uma fundamentação técnica de impactos no mercado. Embora custosa em um primeiro momento, o exercício de intervenção judicial pode desempenhar o papel importante de *disciplinar* o exercício de poder normativo e fiscalizador por parte das Agências, de modo que elas próprias criem mecanismos internos de controle para evitar abusos e consequente revisão” (destaques no original).

Pelo exposto, o controle judicial seria considerado incompleto. Além disso, é necessário, ainda, analisar os seus limites, conforme será melhor detalhado a seguir.

#### 4.1.3 CRÍTICA DOS REPRESENTANTES LEGAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AO CONTROLE JUDICIAL

A Equipe da USP (2010, p. 92) realizou diversas entrevistas com os Procuradores-Gerais das agências reguladoras e do CADE<sup>39</sup> e das agências reguladoras federais, e obteve uma visão das impressões dos defensores dessas autarquias em juízo sobre a atuação do Poder Judiciário.

As principais críticas foram:

- a) a morosidade do Poder Judiciário na apreciação das decisões administrativas foi uma crítica comum;
- b) a concessão de liminares com graves efeitos sobre a atividade pública. Essa medidas cautelares são prejudiciais por engessar a atividade das agências ao impedir a realização de licitações para a outorga de serviços; vedar a fiscalização de agentes regulados; impedir a intervenção da agência em operadoras que, pela percepção da agência, não têm condição de atuar; conferir permissão para atuar no mercado a agentes percebidos pela agência como incapazes de prestar o serviço. Os entrevistados opõem-se particularmente à concessão de liminares sem a prévia oitiva da agência, o que, segundo eles, ocorreria com muita frequência;
- c) a apreciação judicial do mérito da atuação da agência, com ausência de embasamento técnico das decisões, devido ao desconhecimento técnico

---

<sup>39</sup> O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f93afa050b090b2f05>>. Acesso em 27 mar. 2015.

- do juiz sobre a matéria regulada pela agência;
- d) a grande maioria das decisões judiciais resulta em confirmação da decisão da agência e de que as decisões de primeira instância contrárias às agências, especialmente liminares, são frequentemente reformadas pelos tribunais superiores;
  - e) o STJ exerce um papel de protagonista na pacificação da jurisprudência sobre assuntos que envolvem as agências, com a assunção de limites para a revisão judicial das decisões destas últimas, e o reflexo disto já está sendo percebido nos Tribunais Regionais e em primeira instância;
  - f) mesmo que o índice de judicialização não seja muito alto em alguns casos, a análise judicial em algumas ações pode afetar substancialmente a agência. Essa constatação é negativa do ponto de vista do controle judicial da atuação das agências, pois a expectativa de que o judiciário é pouco procurado e quanto o é raramente modifica as decisões pode vir a abrir espaço para a politização das agências e para o arbítrio, protegido pela justificativa da discricionariedade e da complexidade técnica das decisões;
  - g) a indicação de que as causas para a judicialização podem ser atribuídas à própria Agência ou ao Poder Executivo na deficiência na definição de políticas públicas, como por exemplo, no grau de transparência, ou na incapacidade de os instrumentos atuais da agência tornarem mais efetivas as suas decisões.

Assim, diante da análise da percepção dos procuradores que atuam na representação judicial das agências reguladoras, as principais propostas para o aperfeiçoamento do controle judicial são:

“(a) Criação de varas especializadas na matéria regulada; (b) Não se deferir liminares em matéria regulada sem a prévia oitiva da agência, ainda que com prazo reduzido; (c) Impedir a judicialização do assunto enquanto não tiver se esgotado a instância administrativa; (d) Criação de mecanismos para intercâmbio de informações entre Judiciário e agências, para uma difusão do conhecimento, por exemplo a realização de seminários, com exposições pelas agências para o Judiciário; (e) Aplicação de sanções para inibir lides temerárias ajuizadas exclusivamente para postergar o cumprimento de decisão da agência, por exemplo quando a matéria já tiver sido objeto de decisões transitadas em julgado (USP, 2010, p. 93-4)”.

#### *4.1.4 PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS*

A revisão judicial da atividade normativa das agências reguladoras é uma

tarefa essencial atribuída ao Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

As agências reguladoras desprovidas de controle externo, em todas as facetas apresentadas no capítulo 3, correm o risco de ser capturadas pelos interesses dos grandes agentes que atuam no setor regulado, devido a possibilidade de serem empregadores ou clientes dos servidores quando eles saírem do serviço público e passarem a atuarem no setor privado. Isso pode levar a uma atuação arbitrária, sem a devida motivação técnica das decisões que justifica a criação e atuação dessas entidades no Estado Regulador (USP, 2010, p. 303)

As normas produzidas pelas agências reguladoras muitas vezes se mostra fruto de procedimentos legitimatórios, com a realização de audiências e consultas públicas, do que uma mera reprodução do texto legal. Além disso, cabe destacar que a atividade normativa das agências reguladoras mais se assemelha com à atividade dos juízes da *commom law*, que seria a busca, baseada em casos concretos, das normas que se mostrem mais adequada para a solução das controvérsias surgidas no âmbito dos setores regulados (ARAUJO, 2013, p. 151-2).

Além disso, a produção regulatória tem superado, em muito, a produção legislativa. Por isso, o controle das normas produzidas utilizando como parâmetro o texto da lei se mostra inadequado e insuficiente, pois nem sempre o ato normativo da Agência se aterá apenas ao complemento e detalhamento da lei. Outro fator relevante é a aferição da discricionariedade técnica das agências reguladoras na produção da norma.

Assim, a questão mais relevante é saber quais os parâmetros a serem utilizados pelo Poder Judiciário para o controle da atividade normativa das agências reguladoras.

Araujo (2013, p. 153) aponta dois comportamentos possíveis. Primeiro, o Poder Judiciário faz apenas a verificação de questões de legalidade, respeitando a discricionariedade técnica das agências. Afinal, as agências são formadas por especialistas na matéria decidida. Com isso, ocorre a deferência judicial à perícia e especialidade do regulador. O segundo comportamento ocorre com uma invasão por parte do Poder Judiciário, que promove a substituição da discricionariedade técnica das agências pela do juiz. Os dois comportamentos são insuficientes e insatisfatórios.

O primeiro comportamento é insatisfatório por não adentrar no ponto mais sensível de controle da atividade regulatória que é o possível abuso da discricionariedade técnica por parte das agências reguladoras (ARAUJO, 2013, p. 151-2).

O segundo comportamento também é insatisfatório por uma questão ainda



mais complexa. Em regra, os juízes não possuem um conhecimento técnico avançado e não dispõem de elementos suficientes para adentrar no mérito da norma e substituir a discricionariedade técnica do regulador. (ARAUJO, 2013, p. 151-2).

Nesse ponto, cabe destacar o ponto mais polêmico do controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. O fundamento para a legitimação da atividade normativa é o reconhecimento de que a complexidade do setor regulado exige uma atuação mais dinâmica e interativa do Estado para a formulação das normas. Com isso, reconhece-se a limitação do Poder Legislativo e do processo legislativo para a elaboração das normas necessárias. Da mesma forma, o Poder Executivo reconhece a limitação da capacidade desse exercício normativo por parte de sua Administração Direta, em âmbito ministerial, e sugere ao Poder Legislativo a criação de uma agência reguladora independente para atuação no setor a ser regulado.

Assim, há uma reconhecida limitação dos Poderes Legislativo e Executivo para a edição de atos normativos de forma adequada e eficiente. Por isso, a criação das agências reguladoras com atuação específica em cada setor regulado. Diante disso, o quadro dirigente e o quadro de servidores das agências é formado por técnicos com notória expertise no setor. Mesmo assim, a lei exige a participação dos agentes regulados e de toda a sociedade no processo legislativo para a criação da norma. Isso ocorre por meio das audiências e consultas públicas. Após toda essa discussão, a norma é construída para atender as especificidades do setor. Ao final, após o exercício do controle judicial, tudo isso é substituído pela discricionariedade técnica do juiz.

Araujo cita um questionamento de Martin Shapiro sobre essa questão: “se nós colocamos os juízes para nos proteger dos burocratas, como nós nos protegeremos dos juízes?” (1988 apud ARAUJO, 2013, p. 154).

Nesse ponto, se de um lado, o controle judicial de legalidade sobre os atos das agências reguladoras é insuficiente para mantê-las sobre controle, por aferir apenas a questão formal de elaboração da norma, por outro lado esse controle sobre a discricionariedade técnica pode se revelar inadequada, por o juiz não ter o conhecimento necessário para analisar o assunto. Conforme demonstrado, a legitimidade substancial das agências reguladoras é o conhecimento técnico de seus membros, e o controle deve ser igualmente técnico para ser eficaz (ARAUJO, 2013, p. 155).

### 4.3 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O controle judicial exercido no Brasil, em razão do direito fundamental ao acesso ao Judiciário, fixado no art. 5.º, XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, permite que qualquer decisão de órgão da Administração Pública pode ser submetida à revisão judicial. A doutrina entende que existem limites ao controle judicial, tais como a impossibilidade de o Judiciário examinar a conveniência e oportunidade da decisão administrativa discricionária ou o mérito da decisão técnica, mas que inexistem restrições legais à para o questionamento de ilegalidade e de atos da administração pública perante o Judiciário. Contudo, os limites da revisão judicial, relacionados à margem para a decisão política e ao exercício de competência estritamente técnica, têm sido definidos pelo próprio Judiciário, havendo, assim oscilações na jurisprudência e abertura para interpretações divergentes e até contraditórias (USP, 2010, p. 81).

De acordo com o rol de competência fixado no art. 109 da CF<sup>40</sup>, a competência para processo e julgamento de ação que questione decisão da ANEEL, na qual ela figure como ré, é dos juízes federais de primeira instância.

Posteriormente, por determinação do art. 108<sup>41</sup> da Magna Carta, a causa será apreciada em grau recursal pelo Tribunal Regional Federal da região em que corre, pode ainda ser levada ao Superior Tribunal de Justiça, quando couber recurso especial, ou ao Supremo Tribunal Federal caso seja cabível recurso extraordinário.

Assim, o controle judicial da atividade normativa reproduz grande parte das críticas formuladas anteriormente. Não existe no Brasil o contencioso administrativo, por isso a processo judicial muitas vezes é instaurado a partir de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito (ARAÚJO, 2013, p. 156).

O controle concentrado de constitucionalidade de regulamentos, incluindo as normas regulatórias expedidas pelas agências reguladoras, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) só é possível quando houver ofensa direta ao texto constitucional e não é cabível quando a ofensa ocorrer de forma reflexa Supremo Tribunal Federal (ARAÚJO, 2013, p. 156).

---

<sup>40</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

<sup>41</sup> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: [...] II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Dessa forma, normalmente, o controle judicial sobre a atividade normativa das agências é o difuso. O controle pode ser feito por qualquer juiz de primeira instância, inclusive por mais de uma vara ao mesmo tempo, em processos diferentes, e com efeito apenas entre as partes envolvidas na relação jurídico-processual (ARAÚJO, 2013, p. 156).

Esse controle é inadequado, pois torna possível que um agente do setor elétrico ingresse com uma ação judicial e obtenha uma medida liminar ou mesmo uma sentença com permissão para não cumprir, sem penalização, a norma regulatória impugnada, ao mesmo tempo em que todos os demais agentes do setor elétrico continuam obrigados ao seu cumprimento (ARAÚJO, 2013, p. 157). Pode ser, ainda, que esses agentes atuem em caráter de concorrência em si. Isso, sem dúvida, é uma medida que traz enorme insegurança jurídica para o setor.

Além disso, devido à impossibilidade de extensão do efeito da decisão judicial que aprecia a legalidade dos atos normativos da agência reguladora no caso concreto, a solução encontrada pode ser diferente por ser realizada por diversos órgãos do Poder Judiciário em diferentes Estados da Federação (ARAÚJO, 2013, p. 157).

Araújo (2013, p. 157) aponta dois efeitos nocivos com essa forma de controle. Por um lado, a norma regulatória vigente deixa de ter efeito contra todos os agentes regulados, passando a exigir furos na regulação do setor econômico. Por outro lado, há o tratamento assimétrico para agentes econômicos que atuam no mesmo mercado, que, por vezes, estão em regime concorrencial.

A mera possibilidade de tratamento não uniforme pelo Poder Judiciário para questões idênticas, além de promover enorme insegurança jurídica, quando considerada a complexidade do setor elétrico, no qual deve imperar a justa concorrência, pode oportunizar a concorrência em condições de desigualdade (ARAÚJO, 2013, p. 158).

Essa insegurança jurídica pode afetar o valor do serviço pago pelos consumidores e, ainda, afastar investimentos no setor elétrico de origem nacional ou internacional.

Ademais, o controle difuso da atividade normativa das agências reguladoras, que leva à impugnação individualizada do ato regulatório, pode levar a um número exorbitante de ações judiciais por todo o território nacional. Assim, além da possibilidade de decisões contraditórias, tanto em caráter liminar quanto em definitivo, tem-se uma enxurrada de ações para sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário (ARAÚJO, 2013, p. 160).

No modelo brasileiro, há a possibilidade e exigência de participação plural de todo o setor regulado e da sociedade na elaboração das normas por parte das agências

reguladoras. Esse mesmo mecanismo não é observado na relação jurídico processual, em que a discussão da lide fica restrita normalmente entre as partes (ARAÚJO, 2013, p. 158-9).

Em estudo sobre o assunto, uma Equipe<sup>42</sup> da Universidade de São Paulo (2010, p. 6-7) elaborou um relatório para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentando dados e conclusões sobre as “Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública”, que foi realizada durante o ano de 2010, com o objetivo de avaliar a eficiência (em particular da perspectiva do “tempo concorrencial” exigido pela dinâmica dos mercados regulados) e segurança jurídica proporcionada pela revisão judicial de decisões do CADE e das Agências Reguladoras (ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, CVM e Previc) sobre os agentes econômicos.

O estudo identificou os principais objetivos do controle judicial, para citar alguns: “(i) evitar a violação de direitos individuais, contendo abusos de poder; (ii) controlar a qualidade da atividade regulatória e/ou promover melhores políticas; e (iii) garantir o cumprimento de preceitos constitucionais que governam a administração pública” (USP, 2010, p. 33).

A Equipe da USP (2010, p. 95) fez uma avaliação quantitativa dos custos da revisão judicial para fundamentar em análise empírica da experiência brasileira de revisão judicial de decisões administrativas de agências reguladoras e do CADE. Para isso, foram utilizadas duas bases de dados: uma qualitativa e outra quantitativa.

Por isso, é necessária a análise de propostas sobre como enfrentar o problema para reduzir a insegurança jurídica no setor regulado, em especial, no setor elétrico brasileiro.

#### **4.4 PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL E MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR ELÉTRICO**

O Poder Judiciário se depara com novos desafios ao julgar recursos provenientes das decisões tomadas pelas agências reguladoras. Um desses desafios é o

---

<sup>42</sup> A equipe foi composta por: (i) no âmbito jurídico: Prof. Titular Tercio Sampaio Ferraz Junior – FD-USP; Prof. Associado Alberto do Amaral Júnior – FD-USP; Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão – FD-USP; Profa. Dra. Mariana Mota Prado - Universidade de Toronto; Carla Osmo - Mestre-PUC/SP; Julia Cadaval Martins - Mestre-PUC/RJ; e Patrícia Rodrigues Pessoa Valente - Mestre-FD-USP; (ii) no âmbito econômico: Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo – FGV-EESP; Profa. Luciana Yeung – CPDE-FGV; e Profa. Vanessa Boarati – FAAP-SP; e (iii) Consultores técnicos: Prof. Dr. Arthur Barrionuevo – FGV-EESP; Prof. Dr. Celso Campilongo – FD-USP; Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr. – FD-USP; e Profa. Dra. Veronica Ines Fernandez Orellano – FGV-EESP.

enfraquecimento da antiga dicotomia existente entre o direito público e o direito privado. Atualmente, o Judiciário se depara com um novo desafio ao tentar compreender na prática o papel do Estado e do próprio Judiciário diante do Estado Regulador da economia, uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988 e que ganhou corpo e feição jurisdicional exatamente com o surgimento das agências reguladoras a partir da década de noventa. Além da experiência ainda ser bastante recente, e os casos ajuizados ainda estão, em grande parte, pendentes de julgamento definitivo no Poder Judiciário (USP, 2010, p. 297-8).

Muitas vezes o Poder Judiciário se depara com um ato normativo de agência reguladoras envolvendo questão relacionada a direitos difusos e coletivos e acaba privilegiando a dimensão do direito subjetivo pleiteado naquele caso individual pelo consumidor, sem uma preocupação mais abrangente das consequências daquela decisão para a política regulatória, para a massa de consumidores e até mesmo os demais concorrentes, que, embora não sejam partes naquele processo, serão afetados pois a decisão judicial de intervenção pode provocar ajustes na regulação setorial (USP, 2010, P. 298-9).

Nesse sentido, o estudo da USP (2010, p. 299) apontou que:

“o Judiciário, para poder exercer de forma adequada seu papel ativo nos mercados, mantendo o dever de controle de atos administrativos, precisa se aparelhar com o instrumental das técnicas de inserção das agências nas atividades econômicas e serviços públicos, para interferir em questões envolvendo políticas setoriais e interesses de consumidores e da concorrência no mercado, de forma a ponderar e arbitrar os interesses em jogo dentro de uma visão macro, que pode exigir a proteção da pretensão de um direito subjetivo em um grau de complexidade que nem pode ser ignorada nem abandonada à discricionariedade técnica dos técnicos em particular.”

Além disso, é preciso entender que a simples existência de um mecanismo de controle para a revisão dos atos normativos das agências já apresenta um efeito positivo para o controle interno de cada entidade, pois a elaboração da norma será realizada de forma que a revisão judicial não seja necessária em seus atos. Contudo, a atuação judicial deve atingir os objetivos propostos sem atrasar o processo regulatório. Entretanto, alcançar esse equilíbrio é uma tarefa difícil e todas as soluções oferecidas necessariamente envolvem escolhas (USP, 2010, p. 33).

O controle judicial do conteúdo dos atos normativo das agências reguladoras precisa ser viabilizado de modo que garanta a necessária segurança jurídica do setor elétrico brasileiro. Para isso, o Poder Judiciário precisa ser aparelhado de maneira a possibilitar ao magistrado a compreensão adequada da matéria tratada no ato objeto de análise, e principalmente com a consideração da repercussão que a decisão judicial pode acarretar no sistema em virtude da suspensão ou mesmo anulação do ato.

A garantia da manutenção da legalidade, com a proteção de direitos

individuais e garantia de princípios constitucionais, pode se misturar com questões de ordem política devido à necessidade de análise da proporcionalidade e razoabilidade ao examinar a motivação das agências no exercício da atividade normativa. A expertise dos agentes reguladores não pode representar uma “carta em branco” para a regulação setorial. Assim, seria necessário que o Poder Judiciário eleve o padrão de rigor ao examinar as justificativas discricionárias das agências reguladoras, sem, contudo, substituir o seu julgamento técnico (USP, 2010, p. 35-6).

Cabe a ressalva de que o exercício do poder normativo não pode servir de pretexto para que, nas lacunas da lei a ser executada, as agências reguladoras disponham em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo (MAURANO, 2006, p. 127).

Além disso, esse controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a atividade normativa das agências reguladoras é extremamente importante pois as questões decididas apresentam alto relevo para a economia nacional e para a política setorial regulada. Por isso, o impacto de erros nessa intervenção é sempre muito elevado, o que aumenta a responsabilidade das decisões e também a necessidade de controle (USP, 2010, p. 303).

#### *4.4.1 AMPLIAÇÃO DO PODER DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS*

Conforme detalhado no item 1.3.6, as agências reguladoras tem o papel de atuação da mediação de conflitos. Contudo, essa função pode ser aperfeiçoada para reduzir a quantidade de ações judiciais originadas de disputas entre os consumidores e as empresas prestadoras de serviço público.

Segundo apontado no estudo da USP (2010, p. 302), as concessionárias de telecomunicações e eletricidade são os maiores alvos de disputas judiciais no Brasil. Esse fenômeno é especialmente relevante nos juizados especiais. Essa situação se repete praticamente em todo o Brasil.

Por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, tais concessionárias figuram como réis em 42,34% do número total de ações ajuizadas entre janeiro de 2011 e março de 2015 (795.228 no total)<sup>43</sup>.

Assim, a quantidade de ações contra empresas prestadoras de serviços públicos ajuizadas nos juizados especiais acaba sendo mais uma fonte de problemas para o

---

<sup>43</sup> As estatísticas estão disponíveis no site do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Fornecedores de Produtos e Serviços Mais Acionados*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>>. Acesso em 27 mar. 2015.

Poder Judiciário, pois sobrecarrega esses órgãos, desvirtua suas funções e impede o funcionamento da Justiça. Cabe questionar se o número excessivo de demandas judiciais de consumidores contra concessionárias de serviços público não seria resultado de uma atuação falha das agências reguladoras na resolução destes conflitos. Isso poderia estar devido ao Judiciário estar desempenhando o papel de árbitro nesse novo mercado regulado sem que para os agentes e para o Judiciário ainda haja muita clareza sobre o papel dos atores no Estado Regulador (USP, 2010, p. 302).

Esse cenário demonstra a necessidade de modificações no setor, tendo em vista que a criação dos juizados especiais como forma de desafogar o Poder Judiciário se mostrou uma medida ineficaz para resolução do problema.

Assim, como proposta para a redução desse problema, poderia se acentuar uma tendência observada internacionalmente nas funções exercidas pelas agências, com ajustes necessários na legislação e equipando as agências para que elas possam arbitrar relações de disputa entre concessionárias e consumidores, não apenas individualmente, mas para classes de casos homogêneos. O papel do Poder Judiciário passaria a ser de revisão das decisões dessa natureza, que ocorreria em um número mais reduzido ou concentrado de conflitos, por iniciativa, se for o caso, do Ministério Público ou de associações de empresas, de uma forma concentrada e contra uma decisão da agência reguladora (USP, 2010, p. 302-3).

#### *4.4.2 APARELHAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO PARA REDUÇÃO DO PRAZO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA IMPUGNADA JUDICIALMENTE*

Devido à complexidade e importância das normas produzidas pelas agências reguladoras no exercício de sua atividade normativa para o setor regulado da economia, o prazo final para o pronunciamento judicial definitivo precisa ser reduzido. A questão é complexa e o problema não é exclusivo para as revisões judiciais envolvendo matéria de direito regulatório. Mesmo assim, a questão carece de apreciação em busca de aperfeiçoamento constante da atividade jurisdicional.

Para que o controle judicial seja eficaz, é preciso que ele ao mesmo tempo ocorra com qualidade e no prazo hábil para oferecer respostas em tempo concorrencial, assim entendido como um prazo que seja compatível com a celeridade das transformações do mercado. O estudo realizado pela USP (2010, p. 303-4) verificou na experiência internacional em países tidos como desenvolvidos que a resposta incluindo a análise em primeira e segunda instância não deve ser superior a um ano, sem contar os recursos aos tribunais superiores.

O estudo verificou ainda que:

o Judiciário (a) consome tempo excessivo para responder em definitivo às demandas de revisão, (b) com frequência concede liminares suspensivas dos efeitos da decisão administrativa e da atividade instrutória, (c) os provimentos liminares “mudam de sinal” excessivamente (são revogadas e novamente concedidas no curso do sistema recursal), (d) a qualidade técnica das decisões é baixa (em particular revelam despreparo pessoal e institucional para apreciar políticas regulatórias, questões técnicas econômicas ou setoriais e ponderar interesses individuais e coletivos em jogo) e (e) os tribunais superiores mostram uma tendência a confirmar a decisão das agências (USP, 2010, p. 304).

É preciso considerar os impactos negativos que a intervenção suspensiva dos atos das agências reguladoras em instâncias inferiores, com a posterior confirmação da decisão após um longo tempo de oscilações por parte dos juízes envolvidos, traz uma enorme insegurança jurídica ao setor regulado, pois o Poder Judiciário não poderia passar uma sinalização pior para as agências e ao mercado (USP, 2010, p. 304).

Essa questão precisa ser observada em três aspectos. Primeiro, as agências podem ficar engessadas e temerosas de atuarem em questões muito delicadas e impopulares dado o risco que a revisão judicial, independentemente de seu resultado final, mine a eficácia da decisão e confiança da agência no mercado regulado, em razão da concessão de liminares e do tempo excessivo para a revisão judicial definitiva. Segundo, quando o Poder Judiciário, em seus tribunais superiores, adota uma postura passiva de apenas confirmar os atos normativos das agências com uma deferência genérica de respeito “ao caráter técnico e à complexidade da questão regulada”, passa a mensagem de que a intervenção judicial é ineficaz e desnecessariamente custosa, pois desestimula o esforço de revisões por vezes realizadas de forma bem embasada e sucedida pelos magistrados de instancias inferiores e passa uma mensagem negativa e perigosa para as agências de que “no final nossa decisão sempre prevalece, seja ela qual for”. Terceiro, e por último, essa demora estimula o ajuizamento de ações e a impetração de recursos com fins meramente protelatórios e o uso do Poder Judiciário como um instrumento de administração de dívidas, ao mesmo tempo que desestimula àqueles que possuem pretensões legítimas e acreditam no erro de mérito ou na fundamentação técnica da agência quando da elaboração da norma (USP, 2010, p. 304-5).

#### *4.4.3 CAPACITAÇÃO DOS MAGISTRADOS PARA ATUAÇÃO NA MATÉRIA*

Devido à complexidade da questão que envolve a atuação normativa das agências reguladoras, muitas vezes os juízes se sentem desmotivados ao aprofundamento na matéria de modo que possam oferecer respostas céleres a casos complexos de revisão de decisões de agências, que chegam ao seu gabinete frequentemente com dezenas de volumes



contendo pareceres técnicos complexos. Assim, o tempo consumido para resolver um caso desse tipo é o mesmo consumido, talvez, para a resolução de dezenas, senão centenas, de casos mais simples, daí uma tendência natural e perigosa de não serem priorizados, apesar de sua importância econômica. Além disso, essa falta de priorização pode ocorrer dentro de uma tendência de, na dúvida, “tratando-se de intervenção de Estado sobre o domínio privado”, da o provimento judicial para suspender os efeitos da decisão, com a concessão de liminares. Por outro lado, e ainda mais grave, o sistema processual brasileiro, acaba permitindo que uma mesma questão seja proposta perante diferentes juízes, não raro resultando em decisões conflitantes, o que eleva a insegurança jurídica e o tempo para solução da questão. Ademais, o excesso de possibilidade de interposição de recursos agrava o quadro de ineficácia e traz ainda mais insegurança (USP, 2010, p. 305).

Essa capacitação dos magistrados para atuar na matéria é essencial considerando que o Código de Processo Civil de 1973 determina a obrigatoriedade de o juiz resolver qualquer litígio posto em análise, por mandamento do art. 126:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Igualmente, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, também tratou a matéria no seu art. 140:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Por isso, no modelo judiciário brasileiro, o juiz normalmente tem que decidir litígios em diversas áreas do conhecimento, envolvendo questões previdenciárias, tributárias, ambientais, saúde pública, agrárias, penais, comerciais, familiares e civis. Além disso, a esse extenso e complexo rol se acrescenta a necessidade de o juiz conhecer, senão dominar, assuntos referentes à telefonia, energia elétrica, aviação civil, petróleo e derivados, transportes, planos de saúde, água, dentre outros. Por esse motivo, muitas vezes a decisão judicial é dada sem real e necessário conhecimento sobre o problema apresentado, com a possibilidade de apresentar erros graves, exatamente pela deficiência de conhecimento do setor regulado (ARAUJO, 2013, p. 158).

Nesse ponto, há certa mistificação da complexidade da matéria regulatória. É preciso compreender que, em regra, os órgãos dirigentes das agências reguladoras não são ocupados por servidores públicos concursados, e muitas vezes são preenchidos por indicações políticas com pessoas que não são experts no setor, e que mesmo assim possuem capacidade

de realizar boas deliberações. Isso ocorre, principalmente, devido ao fato de agências estarem equipadas com assessoria técnica, capaz de desenvolver estudos e explicitar ao órgão deliberativo, de forma didática, os argumentos a favor e contra uma ação e as consequências prováveis de uma intervenção, permitindo uma apreciação dos interesses em conflito e, assim, um juízo adequado. Mesmo assim, é possível que em algumas situações os interesses políticos do órgão dirigente prevaleçam sobre os pareceres técnicos, com decisões que podem ser consideradas incoerentes ou apenas “pseudo-fundamentadas”. Daí a importância do controle judicial ser realizado com a capacitação exigida pela matéria (USP, 2010, p. 305).

A capacitação dos magistrados permitirá um aperfeiçoamento na análise dos atos normativos e coibirá possíveis abusos cometidos pelas agências reguladoras e que podem estar mascarados como discricionariedade técnica.

Por fim, mesmo diante da complexidade, caráter técnico e de envolverem políticas setoriais, as questões regulatórias podem ser perfeitamente enfrentadas pelos magistrados desde sejam devidamente capacitados e possam estar acompanhados de uma assessoria técnica com servidores também capacitados para analisar e explicitar as questões e interesses em jogo (USP, 2010, p. 306).

#### 4.4.4 CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS

Em detalhado estudo realizado sobre o assunto, a Equipe da USP (2010, p. 81-9) verificou em pesquisa realizada nos sites dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal em cada Estado a inexistência de varas especializadas para processar e julgar as ações contra ato das agências reguladoras. Contudo, nada impediria que se viesse a especializar determinadas varas. Conforme julgados recentes do Supremo Tribunal Federal<sup>44</sup>, a especialização da competência em razão da matéria de varas já criadas não é tema exclusivo

---

<sup>44</sup> “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVIMENTO 275 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ILEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O provimento apontado como inconstitucional especializou vara federal já criada, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais. II - **Não há violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos Tribunais.** Precedentes. III - O tema pertinente à organização judiciária não está restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, uma vez que depende da integração de critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais (Informativo 506 do STF). IV - Ordem denegada.” (STF, HC 96104 / MS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 16/06/2010, DJ 06/08/2010). No mesmo sentido: STF, HC 94146 / MS, Min. Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 21/10/2008, DJ 06/11/2008; STF, HC 91253 / MS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 16/10/2007, DJ 13/11/2007.

de lei, podendo ser feita por atos normativos dos tribunais, frente ao que dispõem o art. 96, I, a, da Constituição e o art. 12 da Lei nº 5010/1966<sup>45</sup>.

Da mesma forma, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (TRF), o estudo da USP (2010, p. 83) verificou que a distribuição dos recursos entre as seções e as turmas que a integram os Tribunais observa o que dispõem os seus respectivos Regimentos Internos. Não foi encontrada nos Regimentos Internos dos TRFs a previsão de uma seção ou turma especializada em causas que impugnem decisões das agências reguladoras. A única previsão sobre o assunto é a especialização para julgar feitos de natureza administrativa ou feitos relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos, o que é por demasiado amplo e vago.

Analizando o Regimento Interno do STJ, verifica-se a existência de três áreas de especialização em razão da matéria. O processamento e julgamento de feitos relativos à “nulidade ou anulabilidade de atos administrativos” (art. 9.º, § 1º, II, do Regimento Interno<sup>46</sup>), a “multas de qualquer natureza” (art. 9.º, § 1º, X, do Regimento Interno<sup>47</sup>) e a “direito público em geral” (art. 9.º, § 1º, XIV, do Regimento Interno<sup>48</sup>) cabe à Primeira Seção.

Assim, a criação de varas especializadas permite sanar a questão de a norma ser elaborada por técnicos e o controle eficiente deve ser realizado por juízes que não sendo técnicos devem ser assessorados por técnicos na matéria a ser decidida (ARAÚJO, 2013, p. 155).

A apreciação do conteúdo dos atos regulatórios se torna muito delicada devido ao alto detalhamento técnico da norma elaborada pela agência reguladora. Contudo, essa apreciação judicial é extremamente importante e necessária para coibir eventuais abusos que possam ter sido cometidos na elaboração da norma.

Outro ponto a ser levantado é que o problema do controle sobre a discricionariedade técnica da agência reguladora ao elaborar as normas pode estar tanto na deferência dos juízes às decisões técnicas das agências, quanto a uma eventual postura mais

---

<sup>45</sup> Art. 12. Nas Seções Judiciárias em que houver mais de uma Vara, poderá o Conselho da Justiça Federal fixar-lhes sede em cidade diversa da Capital, especializar Varas e atribuir competência por natureza de feitos a determinados Juízes.

<sup>46</sup> Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: [...] II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos (Redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 1992).

<sup>47</sup> Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: [...] X - preços públicos e multas de qualquer natureza (Redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 1992).

<sup>48</sup> Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: [...] XIV - direito público em geral (Redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 1992).

agressiva do Poder Judiciário, que, por ser invasiva, não assegura o adequado controle e pode trazer insegurança jurídica (ARAUJO, 2013, p. 161).

Contudo, infelizmente, alguns magistrados ainda ousam analisar o conteúdo do ato regulatório impugnado ignorando alguns aspectos técnicos relevantes e os efeitos acarretados pela suspensão ou invalidação da norma.

Essa ausência de varas especializadas, e ainda de magistrados notoriamente capacitados na matéria regulatória, faz com que os tribunais superiores frequentemente confirmem as decisões das agências reguladoras, devido à complexidade da questão, quando se defrontam de um lado, com decisões administrativas com extensa fundamentação técnica e, de outro, com um trabalho inseguro e oscilante dos magistrados em um conjunto de decisões conflitantes e de sintética fundamentação por parte dos diferentes atores do judiciário que intervém no caso em sede de liminares ou decisões principais (USP, 2010, p. 305-6).

Como maneira de enfrentar essas limitações, a criação de varas especializadas para a matéria regulatória e concorrencial permitirá a especialização não só dos magistrados, que devem receber treinamento próprio, mas também do corpo de assessores e serventuários da justiça, que deverão conter especialistas, economistas e técnicos setoriais. Entretanto, não significa duplicar a estrutura das agências reguladoras no judiciário, e também repetir todo o procedimento realizado no momento de elaboração da norma, pois esses técnicos estariam encarregados apenas de analisar, identificar e apresentar aos juízes de modo didático e fundamentado as questões técnicas em jogo, mostrando possíveis abusos revestidos de discricionariedade técnica (USP, 2010, p. 306).

Por fim, o estudo da USP (2010, p. 306) traz a síntese sobre a proposta formulada ao CNJ, referente à capacitação dos magistrados e à criação de varas especializadas:

“Acredita-se que com essa especialização, será reduzido o problema da qualidade técnica das decisões e permite-se que os tribunais superiores, quando instados, efetivamente valorem, em igualdade de condições, as soluções administrativas e judiciais. Também o tempo decisório deve ser reduzido em função de dois fatores: a) os juízes não darão prioridade a outros casos mais simples; b) os problemas relativos à multiplicação de demandas sobre um mesmo tema ou decisão administrativa serão reduzidos dada a concentração dos casos a um grupo especializado de juízes, que poderão otimizar a resposta, além de naturalmente ficar sinalizado aos agentes a frustração de estratégias de multiplicação.”

#### **4.4.5 MODERAÇÃO NA CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES PARA SUSPENDER DECISÕES E ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

A decisão judicial que concede a suspensão liminar de decisões e atos

normativos das agências reguladoras, em especial no setor elétrico brasileiro, pode ter um elevado custo para a economia como um todo e para o setor regulado em específico, trazendo impactos para os consumidores finais, de modo que a responsabilidade pelo erro na intervenção judicial é muito elevada. Muito mais grave é responsabilidade na suspensão da atividade instrutória e fiscalizatória, que pode minar a eficácia da atuação das agências reguladoras. Entretanto, a concessão de liminares é uma tendência do Poder Judiciário, dado o equivocado enquadramento da questão no esquema tradicional de uma intervenção do Estado no domínio privado. Ocorre que o tratamento da matéria demonstra uma composição de interesses privados com interesses difusos e coletivos (USP, 2010, p. 308).

A concessão de medidas liminares sem ouvir a parte contrária na demanda judicial foi uma das principais queixas decorrentes das entrevistas realizadas pela Equipe da USP (2010, p. 308) com procuradores que atuam nas agências reguladoras, pois o simples esclarecimento da forma de funcionamento da agência poderia evitar suspensões de decisões relevantes para o mercado regulado.

Pelas razões expostas, a USP (2010, p. 308-9) recomendou ao CNJ, alternativamente ou cumulativamente, uma moderação na concessão dessas medidas, que pode ser de difícil ou até mesmo impossível controle e eficácia. Por isso, é possível aproveitar o disposto no art. 15 da Lei nº 12.016/2009<sup>49</sup> que prevê o recurso ao Presidente do Tribunal, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, para estimular seu uso ou mesmo propor uma emenda para que esse recurso ocorra de ofício sempre que for concedida liminar suspendendo decisões de agências reguladoras. Essa recomendação pode fazer com que o magistrado adote uma posição mais cautelosa ao apreciar o pedido de liminar e permitirá que a questão tenha rápida tramitação e um posicionamento abalizado. Para tanto,

---

<sup>49</sup> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. § 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. § 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. § 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. § 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. § 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

enquanto não for implantada uma vara especializada, com um magistrado capacitado na matéria regulatória, acompanhado de uma equipe especializada, o Presidente do Tribunal poderá dispor de uma assessoria técnica, também capacitada na matéria, para revisar as liminares, que devido à hesitação frequente na concessão e revogação para um mesmo caso, por autoridades judiciárias diferentes, ou até mesmo pelo mesmo magistrado em momentos diversos, são a principal causa de insegurança jurídica na revisão judicial das decisões e atos normativos das agências reguladoras (USP, 2010, p. 308-9).

#### *4.4.6 REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS*

Uma sugestão para aprimorar o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras é o uso de perícia e especialistas para que o Poder Judiciário esteja apto a decidir casos envolvendo a complexidade do direito concorrencial para sanar a falta de conhecimento técnico dos juízes. Assim, os juízes podem utilizar testemunhas, depoimentos de especialistas, e intervenção de partes interessadas para ouvir todos os lados envolvidos e chegar a uma conclusão razoável na análise da demanda. Isso poderia até ser visto como uma vantagem sobre a audiência ou consulta pública realizada administrativamente na ocasião de elaboração da norma, já que os especialistas que atuaram naquela ocasião poderiam possuir vínculo com as empresas interessadas, ou mesmo os dirigentes das agências poderiam ter interesse de atuar na iniciativa privada ao término do seu mandato de do período de quarentena. Por essa razão, os juízes poderiam potencialmente oferecer uma maior imparcialidade que não estaria presente no momento de elaboração do ato normativo (USP, 2010, p. 70-1).

A falta de conhecimento técnico na matéria posta para a apreciação judicial não pode levar a confirmação das decisões pelos tribunais superiores apenas com fundamento na tese geral e ambígua de que “a matéria é muito complexa”. Esse posicionamento abre brecha para politização, arbítrio e captura das agências por empresas que desfrutam de poder no setor, utilizando o capcioso argumento de discricionariedade técnica, minando a eficácia do desejável controle judicial (USP, 2010, 309).

Araujo (2013, p. 159) traz o feliz exemplo ocorrido no julgamento da Ação Civil Pública de nº 2008.85.00.001185-2, promovida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra a ANVISA. A iniciativa tomada pelo juiz federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe foi promover uma audiência pública judicial com a participação de médicos especializados no assunto discutido na lide. Além da audiência pública judicial, foi

instalado um grupo de trabalho com formação técnica, integrado virtualmente, com o objetivo de analisar e consolidar os dados obtidos e confrontar com as propostas e avaliações. Na sentença final proferida, o juiz federal utilizou como razão de decidir o mérito da questão as informações técnicas trazidas pelos especialistas técnicos que foram ouvidos durante a audiência.

Essa iniciativa deve ser elogiada por relativizar duas críticas levantadas anteriormente: a falta de conhecimento técnico dos juízes e a participação dos interessados na elaboração da norma (ARAÚJO, 2013, p. 159).

## CONCLUSÃO

Para analisar o controle do poder normativo das agências reguladoras no Brasil e a segurança jurídica no setor elétrico brasileiro, é necessário entender que a evolução do Estado levou à necessidade de criação de novos mecanismos de atuação da Administração Pública. O Estado deixou de ser o principal executor dos serviços públicos e passou a regular a atividade executada pela iniciativa privada. Com isso, o modelo de agências reguladoras foi importado do direito comparado para atuação na atividade normativa, fiscalizadora e punitiva dos prestadores de serviços públicos.

A complexidade da matéria regulada, em especial no setor de energia elétrica, levou à necessidade de delegação de amplos poderes para a elaboração de normas técnicas do setor. O Poder Legislativo delegou o poder normativo para que a ANEEL elaborasse normas com atuação mais dinâmica para atender as necessidades do mercado regulado.

Contudo, esse amplo poder normativo necessita de amplo controle para que a agência reguladora abuse do poder delegado. A complexa questão da discricionariedade técnica não pode mascarar interesses que contrariem o interesse público e ameacem a estabilidade do mercado concorrencial.

Se, por um lado, as agências reguladoras devem possuir ampla autonomia e liberdade para atuar com independência técnica em defesa do interesse públicos, de outro lado, deve haver mecanismos de controle para que não ocorra a captura ou interferências indesejadas, que prejudiquem a estabilidade e segurança jurídica do setor elétrico brasileiro.

As agências reguladoras estão sujeitas ao controle exercido pelo Poder Executivo, Poder Legislativo, Ministério Público e pelo Poder Judiciário. De todos os mecanismos de controle, o mais atuante e efetivo é o controle judicial. Entretanto, o Judiciário deve estar dotado de mecanismos que permitam o controle sobre o poder normativo das agências reguladoras de forma que a distorção nesse controle não traga ainda mais prejuízos para o mercado e a sociedade.

Discutimos as principais maneiras de aparelhamento do Poder Judiciário para permitir o controle da atuação das agências reguladoras, minorando os problemas existentes atualmente e diminuindo a insegurança jurídica ocasionada pela atuação indesejada dos magistrados ao analisar a material judicialmente.



Ao mesmo tempo em que se discute a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, também se busca mecanismos eficientes para controlar esse poder que está sendo amplamente exercido.

Por fim, desejamos que o trabalho possa ter contribuído para análise e entendimento da questão e possa contribuir com o amadurecimento das ideias colocadas para aperfeiçoamento do controle do poder normativo das agências reguladoras no Brasil e a segurança jurídica no setor elétrico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Enciclopédico de Direito*. São Paulo, Brasiliense, 1988. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Dicionário Enciclopédico de Direito*. São Paulo, Brasiliense, 1988. v. 2.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.717, de 24 de novembro de 1995*. Estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1717.htm)>. Acesso em 28 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996*. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2003.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2003.htm)>. Acesso em 28 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997*. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2335.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.htm)>. Acesso em 03 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 4.970, de 30 de janeiro de 2004*. Dá nova redação ao art. 1º do Decreto nº 4.932, de 23 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a delegação de competências à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, previstas na Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, e define o índice de atualização monetária das quotas de que trata o § 1º do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d4970.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4970.htm)>. Acesso em 03 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 4.932, de 23 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a delegação de competências à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, previstas na Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4932a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4932a.htm)>. Acesso em 03 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004*. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia

elétrica, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.htm)>. Acesso em 12 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm)>. Acesso em 25 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm)>. Acesso em 25 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966*. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm)> Acesso em 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990*. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8031.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8031.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.631/1993, de 4 de março de 1993*. Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8631compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8631compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9074compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997*. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004*. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nº 5.655, de 20 de maio de 1971; nº 8.631, de 4 de março de 1993; nº 9.074, de 7 de julho de 1995; nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; nº 9.648, de 27 de maio de 1998; nº 9.991, de 24 de julho de 2000; e nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/L10.848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.848compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004*. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/L10.871compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.871compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Instituiu o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 23 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República*: atos correlacionados: pareceres. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/191254](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/191254)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Atos AGU*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer Normativo nº AC – 051, de 1º de junho de 2012*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/191254](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/191254)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Sobre a ANA*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/Default.aspx>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Ações e Programas*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=5>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Consulta Pública nº 003, de 22 de abril de 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/detalhes\\_consulta.cfm?IdConsultaPublica=254](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/detalhes_consulta.cfm?IdConsultaPublica=254)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Hot Site: Belo Monte*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=671>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Informações Técnicas*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Informações Técnicas*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Resumo\\_Mediacao.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Resumo_Mediacao.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=636&idPerfil=3>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa nº 116, de 29 de novembro de 2004*. Altera o Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997, para modificar a estrutura administrativa da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004116.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=2834>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Sobre a Anatel*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/acesoainformacao/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Institucional*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/14070/Institucional.html>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Agência*. Brasília,

2015. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Seção Judiciária do Estado de Sergipe. 2ª Vara Federal. Ação Civil Pública. *ACP nº 2008.85.00.001185-2*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara: Fernando Escrivani Stefaniu. Aracaju, 23 de setembro de 2009. Disponível em: <[http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/lista\\_publ.asp?CodRelac=2009000403&CodSecao=85&CodLocFis=2](http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/lista_publ.asp?CodRelac=2009000403&CodSecao=85&CodLocFis=2)>. Acesso em 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. *Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997*. Aprova o Regimento Interno da ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Fornecedores de Produtos e Serviços Mais Acionados*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>>. Acesso em 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/regimento>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. *HC 96104 / MS*. Primeira Turma. Pacientes: Joseph Rafaat Toumani e Jorge Rafaat Toumani. Impetrante: Manoel Cunha Lacerda. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612990>>. Acesso em 20 mar. 2015.

BRUNA, Sérgio Varela. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo federal*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do Common Law. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3394, out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22816>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

GUERRA, Glauco Martins. *Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e*

regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências normativas no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Nota: ePUB.

\_\_\_\_\_. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

UNIVERSIDADE de São Paulo. Inter-relações entre o processo administrativo e o Judicial



sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia*: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.